



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ANA LUÍSA PINTO CARVALHO**

**ALOCÇÃO DE GÊNERO NÃO BINÁRIO NO SISTEMA PRISIONAL**  
**Análise da Experiência de Gêneros Não Conformes**

Brasília  
2017

**ANA LUÍSA PINTO CARVALHO**

**ALOCÇÃO DE GÊNERO NÃO BINÁRIO NO SISTEMA PRISIONAL**  
**Análise da Experiência de Gêneros Não Conformes**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
Brasília  
2017

**ANA LUÍSA PINTO CARVALHO**

**ALOCÇÃO DE GÊNERO NÃO BINÁRIO NO SISTEMA PRISIONAL**  
**Análise da Experiência de Gêneros Não Conformes**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em 13 de junho de 2017.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Professor Doutor João Costa Neto  
Orientador

---

Professora Doutora Eneá de Stutz e Almeida

---

Professora Mestra Sinara Gumieri Vieira

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo o sacrifício, por todos os cursinhos, aulas de inglês, natação... Por terem despertado em mim o amor pelos livros desde cedo, e por terem incentivado para que ele continuasse crescendo cada vez mais. Por tudo que investiram e investem em mim. Essa vitória também é de vocês.

Ao meu pai, por todo o exemplo de acadêmico e profissional. Obrigada por todas as histórias e ensinamentos sobre “biodiversidade” e “sistema digestório” antes de dormir.

À minha mãe, por todo o amor, carinho e esforço sempre dispendido para nos ver felizes. Obrigada por sempre fazer o possível e impossível para eu chegar onde cheguei.

À Vó Violante e Vô Luiz, por serem o pilar de toda a família. Obrigada por todo o apoio e por me receberem com todo o amor. Obrigada especialmente por serem mais que avós, serem meus segundos pais.

Às minhas irmãs, por estarem sempre do meu lado. À Carolis, por ser minha melhor amiga. Obrigada por nunca julgar e sempre apoiar meus sonhos, por mais loucos que eles sejam. À Bebella, por ser o maior presente que eu poderia pedir, por alegrar e conquistar todos por onde passa.

À Stella, por sempre torcer por mim e por ter vibrado comigo quando passei na UnB. Obrigada por todas as conversas sobre Direito e por todas as tardes maravilhosas com a irmãzinha.

Ao Raphael, por ter me acompanhado por toda a faculdade, sempre me alegrando e me apoiando. Obrigada por ser meu maior companheiro e por sempre me incentivar a melhorar. Você é minha inspiração de esforço, de estudante, profissional e de pessoa. Obrigada por toda a paciência e amor, especialmente durante a realização desse trabalho.

Ao professor João Costa Neto, por toda a atenção e ajuda. Obrigada por todo o tempo dispendido e todo o suporte para a realização desse trabalho.

Píppi era a criança mais impressionante desse mundo. Quer dizer, pelo menos daquela cidade. Talvez houvesse crianças ainda mais impressionantes em outros lugares, mas naquela cidadezinha muito, muito pequena não havia ninguém como Píppi Meialonga. E em lugar nenhum do mundo havia alguém mais forte do que ela.

Astrid Lindgreen

## RESUMO

A presente monografia visou analisar a atual situação dos gêneros não binários nos ordenamentos brasileiro e estrangeiros, aplicando-se ao seu endereçamento em instituições prisionais. Por meio da elucidação de doutrinas sobre gênero e sexualidade, além de referências a leis e políticas contra a discriminação, buscou-se a exposição dos problemas e contradições a respeito do tema. Foram realizadas analogias com o tratamento atualmente dado aos transgêneros e intersexuais, além de remissões aos movimentos de emancipação das diversas orientações sexuais. Por fim, fundamentando-se sobre o que já tem sido feito e com as discussões na doutrina sobre, propôs-se dissertação sobre as soluções que o tema tem elencado.

Palavras-chave: Identidade de gênero. Não conformidade. Gênero não binário. Sistema prisional. Alocação de gênero.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO .....  | 9  |
| 2. A NÃO CONFORMIDADE DE GÊNERO .....                        | 14 |
| 2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS .....                             | 14 |
| 2.2. AUSÊNCIA DE POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO ..... | 18 |
| 3. A IDENTIDADE DE GÊNERO .....                              | 24 |
| 3.1. GÊNERO E SEXUALIDADE .....                              | 24 |
| 3.2. O GÊNERO NÃO CONFORME E O DIREITO .....                 | 27 |
| 3.3. O GÊNERO NA LINGUAGEM .....                             | 31 |
| 3.4. A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO PATOLOGIA .....             | 35 |
| 3.5. O GÊNERO INDETERMINADO E O INTERSEXUALIDADE .....       | 42 |
| 3.6. O GÊNERO NÃO CONFORME NO SISTEMA PRISIONAL .....        | 46 |
| 4. O ENFRENTAMENTO NO DIREITO COMPARADO .....                | 50 |
| 4.1. ESTADOS UNIDOS .....                                    | 50 |
| 4.2. ÍNDIA .....   | 51 |
| 4.3. AUSTRÁLIA .....   | 53 |
| 4.4. NEPAL .....   | 55 |
| 4.5. ISRAEL .....  | 56 |
| 4.6. ALEMANHA .....  | 57 |
| 4.7. NOVA ZELÂNDIA .....                                     | 57 |

|   |    |
|---|----|
| 5. A SOLUÇÃO DO PROBLEMA .....              | 58 |
| 5.1. A UNIÃO ENTRE MOVIMENTOS.....          | 58 |
| 5.2. IMPLEMENTAÇÃO DO TERCEIRO GÊNERO ..... | 60 |
| 5.3. SEGREGAÇÃO.....                        | 61 |
| 5.4. CRIAÇÃO DE UMA ALA SEPARADA .....      | 63 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS .....                  | 64 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....            | 67 |



## 1. INTRODUÇÃO

Historicamente, o mundo se viu passar por duas grandes guerras que reduziram o ser humano a mero instrumento de conflito e rebaixou a vida humana ao extremo<sup>1</sup>. Em tais momentos o papel masculino social colocou-se como fundamental e central<sup>2</sup>, representando o grupo que se submeteu à luta e às dificuldades da guerra para “salvar” suas respectivas origens e resgatar a paz. Ao mesmo tempo, a mulher foi colocada como papel de espera ao retorno de seus “heróis”, apresentando papel secundário e esquecido na resolução dos problemas mundiais.

Essa visão começou a se ver abalada, principalmente, na Segunda Guerra Mundial, em que, pela escassez de homens no mercado de trabalho, iniciou-se uma forte inserção das mulheres em diversos ramos do comércio e da economia, para que se pudesse manter a produção mínima dos países.<sup>3</sup>

Com o passar dos anos, contudo, viveu-se momento de grande exaltação do sexo masculino com papel dominante e protagonista em todas as culturas, visão esta que se estendeu por todas as instituições sociais<sup>4</sup>. Nesse sentido, as mulheres colocaram-se em posição de submissão e sujeição às determinações masculinas, além de terem ficado reduzidas a série de negações de direitos básicos por serem consideradas inferiores ou incapazes de efetiva-los.

Ultrapassando-se as questões de representação política, como o direito a voto, as mulheres possuíam sérias violações de seus direitos fundamentais, enfrentando situações de violência física, moral e diversas privações.

<sup>1</sup> Segundo Eric Hobsbawn, “a humanidade sobreviveu. Contudo, o grande edifício da civilização do século XX desmoronou nas chamas da guerra mundial, quando suas colunas ruíram” (HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX**. Companhia das Letras, São Paulo, 2012, p. 30).

<sup>2</sup> “Guerra de massas que mobilizou milhões de combatentes e trabalhadores. Em 1933, no auge da crise econômica, os Estados Unidos tinham quase 15 milhões de desempregados. Dez anos depois, isto é, em plena guerra, não havia praticamente nenhum americano fora das fábricas ou dos campos de cultivo. Todos os países mobilizaram 20% da população masculina para os combates ou atividades diretamente ligadas às questões militares.” (TOTA, Pedro. **Segunda Guerra Mundial**. In: MAGNOLI, Demetrio. História das Guerras. São Paulo: Editora Pinsky Ltda., 2006, p. 357).

<sup>3</sup> THE GUARDIAN. **Women in wartime: the rise of the female public servant: World wars forced the British state to trust more women in traditionally male careers. But has the impact been sustained?**, sat. 8 november, 2014. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/public-leaders-network/2014/nov/08/world-war-women-workplace-public-services>>.

<sup>4</sup> Nesse âmbito, Susan Appleton pondera que “labels and other forms of expression help construct the way we see the world. One frequent critique of the law points out the male norm that provides the underlying assumptions for many legal rules. This norm reflects and reinforces the gender hierarchy” (APPLETON, Susan Frelich. **Contesting Gender in Popular Culture and Family Law: Middlesex and Other Transgender Tales**. Indiana Law Journal, vol. 80, p. 413).

Ao longo do tempo, desenvolveu-se uma resistência discreta e calada a referidas condições, em que grupos de mulheres começaram, pela primeira vez, a se manifestar contra tais tratamentos e falta de direitos<sup>5</sup>.

O movimento feminista teve seu início com representação mais relevante em meados de 1960, nos Estados Unidos, momento no qual se iniciou uma série de lutas e reivindicações com o objetivo principal de “libertação da mulher”, essencialmente contra os abusos causados pela sociedade patriarcal vigente<sup>6</sup>.

Aos poucos, foram sendo obtidas diversas vitórias pelo movimento, de forma a proporcionar às mulheres melhores condições de vida e um posicionamento social mais favorável. Um dos grandes ganhos se deu sobre o direito ao voto, o qual representou não apenas uma conquista prática, mas todo um reconhecimento do sexo feminino como atuante e fonte de direitos, assim como o sexo oposto sempre o apresentou<sup>7</sup>.

Ainda muito a se evoluir, o movimento feminista cresce cada vez mais forte em sociedades de todo o mundo, lutando pela igualdade de gênero e uma oposição ao sistema patriarcal de predominância do gênero masculino.

Configura-se importante tratar do movimento feminista e a evolução dos direitos das mulheres para a análise das lutas pela liberdade sexual e a identidade de gênero. O movimento feminista não significou apenas uma exaltação do sexo representado, mas uma contraposição a todo o sistema dicotômico entre o sexo masculino e os demais. Sua ação se deu como pontapé inicial para a emancipação e ascensão de multiplicidades sexuais antes reprimidas e desconhecidas, incluindo-se a emancipação da estereopatização do próprio masculino:

---

<sup>5</sup> “O movimento sufragista, que teve à frente Bertha Lutz, foi o foco da primeira tendência. Essa fase era a do feminismo “bem comportado” e sinalizava o caráter conservador desse movimento” (ALVES, Ana Carla Farias; ALVES, Ana Karina da Silva. **As Trajetórias e Lutas do Movimento Feminista no Brasil e o Protagonismo Social das Mulheres**. IV Seminário CETROS: Neodesenvolvimentismo, Trabalho e Questão Social, 2013, Fortaleza, p. 114).

<sup>6</sup> ALVES, Ana Carla Farias; ALVES, Ana Karina da Silva. **As Trajetórias e Lutas do Movimento Feminista no Brasil e o Protagonismo Social das Mulheres**. IV Seminário CETROS: Neodesenvolvimentismo, Trabalho e Questão Social, 2013, Fortaleza, p. 114.

<sup>7</sup> Há que se citar a edição da Lei Maria da Penha, a qual representou uma grande conquista aos direitos das mulheres, e segue em crescentes discussões sobre sua aplicação perante os transgêneros (GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014, p. 17).

“Gênero”, como substituto de “mulheres”, é igualmente utilizado para sugerir que a informação a respeito das mulheres é necessariamente informação sobre os homens, que um implica no estudo do outro. Este uso insiste na ideia de que o mundo das mulheres faz parte do mundo dos homens, que ele é criado dentro e por esse mundo.<sup>8</sup>

Tal emancipação deve se direcionar a uma não estereopatização das características de cada classificação, conforme é feita atualmente, de modo a “evitar a colocação do feminino como sinônimo de mulher, ou do masculino como sinônimo de homem”<sup>9</sup>.

A partir disso, iniciou-se uma era de lutas contra a dicotomia de gênero, isto é, a oposição entre o feminino e masculino, no sentido da não diferenciação entre as identidades para fins de posicionamento desigual na sociedade, como se deu historicamente com a predominância do gênero masculino.<sup>10</sup>

Mais tarde, com a maior contraposição do sistema de sociedade patriarcal, assistiu-se à ascensão do movimento homossexual em todo o mundo, trazendo uma nova vertente para a vida, que anteriormente era baseada na valorização das características masculinas<sup>11</sup>. A maior visibilidade dada à homossexualidade representou confronto direto com o modelo machista de sociedade, ao colocar o próprio homem – historicamente valorizado por possuir características de dominância sobre o sexo feminino, com a valorização de atitudes mais duras e fortes – como foco de mudança<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> SCOTT, Joan. **Gênero: Uma Categoria Útil para Análise Histórica**. Tradução: Christine Rufino Dabat, Maria Betânia Ávila, p. 7. Disponível em: <  
[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/Genero%20-%20Joan%20Scott\[1\].pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/Genero%20-%20Joan%20Scott[1].pdf)>.

<sup>9</sup> GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014, p. 13.

<sup>10</sup> “Enquanto o termo “história das mulheres” revela a sua posição política ao afirmar (contrariamente às práticas habituais), que as mulheres são sujeitos históricos legítimos, o “gênero” inclui as mulheres sem as nomear, e parece assim não se constituir em uma ameaça crítica. Este uso do “gênero” é um aspecto que a gente poderia chamar de procura de uma legitimidade acadêmica pelos estudos feministas nos anos 1980” (SCOTT, Joan. **Gênero: Uma Categoria Útil para Análise Histórica**. Tradução: Christine Rufino Dabat, Maria Betânia Ávila, p. 3. Disponível em: <  
[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/Genero%20-%20Joan%20Scott\[1\].pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/Genero%20-%20Joan%20Scott[1].pdf)>).

<sup>11</sup> MOLINA, Luana Pagano Peres. **A homossexualidade e a historiografia e trajetória do movimento homossexual**. Antíteses, v. 4, n. 8, p. 949-962, jul./dez. 2011.

<sup>12</sup> “A autora [Iara Ilgenfriz da Silva] coloca como características marcantes do masculino dureza, rude, frieza, racionalidade, força, independência, proteção, agressividade, audácia, poligamia, esperteza e infidelidade. Por sua vez, as características comumente atribuídas ao feminino são doçura, suavidade, sentimentalismo, afetividade, fragilidade, dependência, timidez, recato, sedução, monogamia, virgindade e fidelidade” (SILVA, Iara Ilgenfriz da. **Direito ou punição? Representação da sexualidade feminina no direito penal**. Porto Alegre: Movimento, 1985, p. 66 *apud* GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero**

Talvez por esse, dentre outros motivos, a dificuldade de aceitação que se deu inicialmente à diversidade sexual apresentada, por contextualizar diretamente todos os preceitos de ideal masculino postos. Chegando-se, contudo, a vitórias recentes do movimento representadas substancialmente pela autorização ao casamento homossexual.<sup>13</sup>

A evolução traçou um caminho em direção à ideia de que não há características que sejam inerentes e imutáveis a determinado sexo ou outro, e que, na verdade, a forma com que as pessoas se portam não depende apenas do gênero – mas, principalmente, da construção social na qual vivem<sup>14</sup>. Portanto, a cada passo dado nesse sentido chega-se mais próximo à ideia de que as atribuições de cada sexo não são naturais, ao contrário, são culturalmente construídas e estabelecidas.

Cabe enfatizar, contudo, que tais mudanças têm ocorrido de maneira gradual e lenta, por não serem facilmente assimiladas, especialmente por contestarem todo o sistema social e as funções de cada um nele. No entanto, sua capacidade de mudança é essencial, visto que busca reduzir cada vez mais as diferenças existentes entre as diversas identidades sexuais, de modo a não perpetuar as limitações impostas a cada uma delas.

O problema se aflora quando se tratam de instituições que baseiam todo seu funcionamento e organização sobre a dicotomia sexual (entre masculino e feminino), de modo a dificultar qualquer mudança completa nesse sentido. Diversos são os casos em que tal situação se configura, sendo as principais: uso de banheiros<sup>15</sup>, alocação em instituições prisionais, divisão em categorias de esporte<sup>16 17</sup>, dentre tantos outros.

---

Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014, p. 13).

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, Min. Rel. Ayres Britto, decisão de 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.

<sup>14</sup> “The transgender child’s developmental experience, like that of some children with intersex conditions, may also be fluid over time. The transgender individual also has a variation of human sexuality that confounds a simple classification system” (BEH, Hazel Glenn; DIAMOND, Milton. **Individuals With Differences in Sex Development: Consult to Colombia Constitutional Court Regarding Sex and Gender**. Wisconsin Journal of Law, Gender and Society, vol. 29, 2014, p. 434).

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 845.779, Min. Rel. Roberto Barroso, admitida repercussão geral por decisão publicada em 14/11/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>>.

<sup>16</sup> A respeito disso, ressalta-se manifestação oficial do Comitê Olímpico Internacional, a qual estabeleceu a não exclusão de atletas transgêneros nas competições, além de não requerer qualquer mudança cirúrgica do gênero para tal. De acordo com tal determinação, vigente desde 2015, os indivíduos trans são classificados de acordo com a categoria de gênero com a qual se identificam (**IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism**, Nov. 2015. Disponível em: <[https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/IOC/Who-We-Are/Commissions/Medical-and-Scientific-Commission/EN-IOC-Consensus-Meeting-on-Sex-Reassignment-and-Hyperandrogenism.pdf#\\_ga=2.153225149.426390169.1497046940-1911023270.1497046940](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/IOC/Who-We-Are/Commissions/Medical-and-Scientific-Commission/EN-IOC-Consensus-Meeting-on-Sex-Reassignment-and-Hyperandrogenism.pdf#_ga=2.153225149.426390169.1497046940-1911023270.1497046940)>.

Muito se tem considerado sobre as soluções a serem aplicadas, principalmente pelo que se observou na análise de casos provenientes de ordenamentos estrangeiros no que diz respeito à situação dos transexuais em referidas ocasiões.

A controvérsia mostra-se ainda mais complexa quando abarca o caso do gênero não binário, não apresentando referências significativas, até o presente momento, na jurisprudência brasileira, e algumas poucas nos ordenamentos estrangeiros – a serem trabalhados nos capítulos seguintes.

O Capítulo 2 versa sobre a discussão da não conformidade de gênero, relacionada com a teoria dos direitos fundamentais, perpassando a ausência de positivação do ordenamento brasileiro quanto ao gênero indeterminado, de forma a fazer um paralelo com o que já existe a respeito em relação aos transgêneros no Brasil.

O Capítulo 3 faz explanação sobre as teorias de gênero, fazendo, preliminarmente, uma distinção entre sexualidade e gênero. Posteriormente, faz-se discute-se a relação entre os gêneros não conformes e o Direito, perpassando sobre importantes resoluções do Conselho Nacional de Combate à Não Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT e referências a doutrinas estrangeiras sobre o tema. Além disso, desenvolve-se discussão com a inserção do gênero na linguagem, levantando o ponto de o gênero masculino constituir-se como plural e neutro na linguagem brasileira.

Ademais, ainda no Capítulo 3, insere-se tópico a respeito da patologização do gênero não conforme, problema que tem sido recorrente em diversas jurisdições. Seguente a isso, disserta-se a respeito dos problemas e dificuldades existentes sobre a intersexualidade, de forma a apresentar semelhanças e diferenças sobre o tema do gênero indeterminado.

Por fim, no último tópico do Capítulo 3, aprofunda-se uma discussão teórica sobre a situação do gênero indeterminado no ambiente prisional, não se apresentando análise de casos específicos ou legislações sobre o tema, tendo em vista a sua inexistência no ordenamento brasileiro, até o presente momento.

Nesse sentido, o Capítulo 4 buscou fazer um apanhado das discussões encontradas em outras jurisdições a respeito de gêneros não conformes ao padrão binário, embora não

---

<sup>17</sup> Ainda sobre a questão dos transgêneros no esporte, convém remeter a reportagem veiculada pela BBC (PUFF, Jefferson. **Lea T, a transexual que vai fazer história na abertura da Olimpíada**. BBC Brasil, 28 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36912561>>).

necessariamente de forma específica ao gênero indeterminado, de forma a demonstrar a profundidade do caminho ainda a ser percorrido para o seu mero reconhecimento.

O Capítulo 5 teve por objetivo assentar as possíveis soluções para o problema do gênero não binário, não restringindo a análise unicamente sobre a alocação física no sistema prisional. Almejou-se promover a discussão de soluções necessárias ao seu mero reconhecimento como um gênero, algo que ainda se mostra em situação inicial, para então chegar-se ao ponto de aloca-lo em um sistema eminentemente binário.

Portanto, intenta-se, pelo presente trabalho, abordar todas as questões de gênero e sexualidade afeitas ao gênero não binário, que, mesmo analogamente, podem levar a possíveis soluções da controvérsia, no sentido de promover a inclusão social das diversidades e antever violações que podem ocorrer. Ainda mais, intenta-se apurá-las na situação que se apresenta o sistema prisional atualmente.

Objetiva-se, ainda, contextualizar toda a evolução da igualdade de gênero, correlacionando-se com a efetivação das instituições do Direito e o desenvolvimento do pensamento jurídico e legal sobre o assunto.

## **2. A NÃO CONFORMIDADE DE GÊNERO**

### **2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A evolução histórica das Constituições brasileiras demonstra um claro desenvolvimento das teorias constitucionais em direção ao reconhecimento e formação de um grupo de direitos, os quais seriam considerados primordiais à vida humana.

Nesse processo, representou importante papel a consolidação da dignidade humana, a qual aventou à necessidade de um número de garantias básicas que seriam obrigatoriamente respeitadas perante os cidadãos, com fins a limitar quaisquer atuações extremadas prejudiciais à vida e às condições mínimas de sobrevivência – tanto sob o âmbito público, quanto privado.

A dignidade humana foi inserida no âmbito jurídico, essencialmente, após o fim da 2ª Guerra Mundial, visando uma maior valorização do homem e de sua integridade, após

período de intensas violações à natureza humana e à sua vida<sup>18</sup>. Contudo, sua aplicação, muitas vezes, se mostra difícil e complexa, tendo em vista seu conceito ser demasiadamente aberto, causando dúvidas sobre sua abrangência.<sup>19</sup>

Apesar das críticas quanto ao seu conceito proporcionar amplas possibilidades interpretativas, tal característica se mostra relevante à solução de casos difíceis, tendo em vista não lhes proporcionar soluções limitadas. Ainda assim, Luis Roberto Barroso ressalta que “na medida em que a dignidade humana se tornou uma categoria jurídica, é preciso dotá-la de conteúdos mínimos, que deem unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação”. Acrescentando, ainda, a necessidade de que “conteúdos básicos da dignidade sejam universalizáveis, multiculturais, de modo a poderem ser compartilhados e desejados por toda a família humana. Aqui, será inevitável algum grau de ambição civilizatória, para reformar práticas e costumes de violência, opressão sexual e tirania”.<sup>20</sup>

O princípio da dignidade emana três sentidos essenciais sobre os direitos fundamentais dos indivíduos. Preliminarmente, se apresenta como valor intrínseco da natureza humana, não podendo ser dela excluído e não dependendo de qualquer condição externa para ser alcançada<sup>21</sup>. Em segundo lugar, a dignidade se consolida como autonomia da vontade, isto é, “a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade”, sem que seja limitado por pressões externas.<sup>22</sup> Nesse âmbito, inclui-se o direito ao mínimo existencial, o qual tem sua garantia prejudicada ao gênero não binário (e aos não conformes em geral). Isso porque, ao serem alvos de constantes discriminações, são renegados a posições de

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 4. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>.

<sup>19</sup> Nesse sentido, Ruth Macklin critica a dignidade humana como um conceito inútil, tendo em vista não possuir uma definição específica, e constituir-se por concepções vagas (MACKLIN, Ruth. **Dignity is a useless concept: It means no more than respect for persons or their autonomy**. British Medical Journal, 327:1419, 2003. Disponível em: < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789/>>.

<sup>20</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 19-20. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>.

<sup>21</sup> “The first principle – which I shall call the principle of intrinsic value – holds that each human life has a special kind of objective value. It has value as potentiality; once a human life has begun, it matters how it goes. [...] The success or failure of any human life is important in itself, something we all have reason to want or to deplore” (DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton University Press, 2006, p. 9-10).

<sup>22</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 24. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>.

exclusão na sociedade, sendo privados de condições primordiais à garantia do seu “mínimo existencial”. Consequentemente, a falta de tal garantia é transposta para o sistema prisional, onde as condições são ainda mais penosas para a proteção do indivíduo já fragilizado.

Por fim, a dignidade humana se apresenta como valor comunitário, compondo-se como limitação das liberdades individuais para possibilitar-se a convivência em sociedade.<sup>23</sup> O princípio retratado reproduz-se como uma orientação à aplicação dos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo limites para a ponderação destes.

Outro fator determinante para a consolidação dos direitos fundamentais perpassa o âmbito do Estado de Direito, expressado pelo art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988<sup>24</sup>. Respalado na noção de limitação da atuação e interferência estatal sobre a vida dos indivíduos, promove-lhes a garantia de que seja respeitado núcleo de direitos, os quais não se colocam disponíveis à vontade do Estado.

A partir disso, é possível notar o caráter histórico dos direitos fundamentais, os quais são uma construção gradual e incorporadora das conquistas de variados setores da sociedade, em diversos contextos. Cabe assentar não serem, de modo algum, absolutos – estando, portanto, sujeitos à análise da conjuntura em que se inserem, carecendo de apreciação dos aspectos de razoabilidade e proporcionalidade<sup>25</sup>.

Os direitos fundamentais envolvem-se, em geral, de imprescritibilidade e inalienabilidade, características que abrangem sua disposição em relação ao sujeito que lhes é titular. Paulo Gonet Branco deslinda que “a inalienabilidade traz uma consequência prática importante – a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir”.<sup>26</sup>

Revestem-se, ainda, de indisponibilidade ou irrenunciabilidade os direitos que “visam resguardar a vida biológica – sem a qual não há substrato físico para o conceito de dignidade – ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa”.<sup>27</sup> Faz-se necessário frisar a

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 28.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 1º, caput. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

<sup>25</sup> “os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015).

<sup>26</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 145.

<sup>27</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 146.



existência de cenários excepcionais, onde se possibilita a disposição sobre tais direitos, como é o caso da intimidade e privacidade. Remete-se ao caso das prisões, em que tais garantias são profundamente exploradas e manejadas ao interesse dos gestores e do Estado, para a promoção do controle interno da população encarcerada. Sendo assim, demonstra-se como caso prático que exemplifica a possibilidade de redução de tais direitos, a favor de outros interesses considerados mais urgentes.

Conforme elenca o texto constitucional, em seu artigo 5º, §1º,<sup>28</sup> os direitos e garantias fundamentais apresentam aplicabilidade imediata, sem prejuízo de serem desenvolvidos ao longo do tempo – tanto do ponto de vista social, quanto legislativo. Além disso, não se exclui a possibilidade de concorrência entre direitos igualmente protegidos, devendo-se atuar com razoabilidade e proporcionalidade para dar lhes solução de cessão mútua, em benefício do indivíduo e de sua dignidade.<sup>29</sup>

Aduz-se à classificação criada por Karel Vasak, em 1979, que divide os direitos fundamentais em três gerações: de primeira geração (individuais ou negativos), direitos de segunda geração (positivos), e os direitos de terceira geração (difusos e coletivos).<sup>30</sup>

Assim, os de primeira geração se responsabilizam pela promoção da atuação limitante do Estado frente à garantia dos indivíduos, isto é, abrange proibições de ações estatais, com os fins de impedir abusos e redução das garantias. Os direitos de segunda geração incorporam o sentido oposto, compreendendo as obrigações de prestação positiva por parte do Estado, no sentido de fornecer condições básicas e fundamentais à população – agindo, essencialmente, sobre as desigualdades, e situações de risco, dando aos sujeitos estado mínimo de garantias. Por fim, os direitos de terceira geração são aqueles que ultrapassam o viés individual e particular dos indivíduos, e abarcam o interesse de várias pessoas, consideradas como um todo.<sup>31</sup> Dimitri Dimoulis faz referência, ainda, à existência de uma quarta geração de direitos “relacionados ao cosmopolitismo e à democracia universal”<sup>32</sup>.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, §1º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

<sup>29</sup> Paulo Gonet aponta, também, a existência de normas que não são autoaplicáveis, necessitando de uma prévia definição do legislador e uma análise mais aprofundada do aplicador da lei (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 155).

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 563.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 563.

<sup>32</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 22.

Resta evidente que os direitos fundamentais não só podem, como devem ser relativizados em alguns contextos, de forma a preservar sua própria essência e estrutura. Isso é realçado no ambiente prisional, em que, levando-se em conta uma série de interesses correlacionados sob mesmo contexto, há que se trabalhar com a harmonização e sopesamento, para que se atinja resultado prático útil e favorável à sociedade.

Por esse ângulo, é legitimada a relativização de questões como a privacidade e liberdade dos indivíduos, de forma a se obter ambiente controlado e garantidor para os que nele se inserem, e, principalmente, para toda a sociedade que se beneficia do seu bom funcionamento. Sem, contudo, desobrigar as instituições da garantia da dignidade humana e dos direitos básicos à preservação do mínimo existencial.

## 2.2. AUSÊNCIA DE POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro se apresenta totalmente omissos em relação à classificação e referência do gênero não binário em suas normas e jurisprudências. Isso consiste em fato preocupante, por deixar tal grupo fora de proteções de direitos, de definições de sua posição dentro da sociedade, além de não lhes reconhecer sua identidade de gênero.

Mais especificamente no que diz respeito à alocação de gênero não binário no sistema prisional, tais previsões são totalmente inexistentes, sem indicações de que receberá qualquer normatização por agora. Inclusive, a Lei de Execuções Penais<sup>34</sup> não tem previsões sobre gêneros não conformes dentro do seu sistema de execução. Embora “tenha sido alterada diversas vezes desde sua entrada em vigor, nenhuma das alterações teve o condão de introduzir no texto legal uma política criminal voltada especificamente para minorias encarceradas”<sup>35</sup>.

Diversas são as discussões e deliberações sobre a diversidade de gênero e sexual em ordenamentos estrangeiros, embora escassas no que diz respeito especificamente ao

---

<sup>33</sup> Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins criticam essa divisão dos direitos fundamentais por gerações, argumentando que se passa a errônea ideia de que são momentos que se sucedem e se superam. Além de se contraporem ao termo “geração”, sendo favoráveis ao uso de “categorias” ou “espécies” para designar as diferenças existentes entre os direitos fundamentais (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, pp. 23-24).

<sup>34</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>.

<sup>35</sup> GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014, p. 30.

gênero indeterminado<sup>36</sup>. Ainda assim, são considerações mais avançadas do que as presentes no ordenamento brasileiro, que ainda está em processo de evolução do reconhecimento de direitos dos homossexuais.

Contudo, já pela situação que se apresenta em relação aos transgêneros, é de se perceber que o atraso à entrega de direitos a diversidades sexuais se mostra intenso. Assim, importante responsável pela referenciação às diversidades sexuais dos transgêneros e travestis se põe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais.

O Conselho Nacional de Combate à Discriminação de LGBT (CNCD/LGBT), criado por meio da Medida Provisória 2216-37, de 31 de agosto de 2001<sup>37</sup>, consiste em órgão colegiado, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Por meio do Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010<sup>38</sup> foram instituídas suas competências, sua composição, estruturação, e funcionamento.

O conselho possui Resoluções, com base no respeito à diversidade sexual e à proteção de gêneros não conformes à binariedade de gênero, de forma a promover ações que propulcionem ações das instituições públicas e do Estado em si, para a solução de problemas discriminatórios e na entrega de direitos fundamentais a grupos esquecidos.

Destaca-se a Resolução nº 12<sup>39</sup>, pela sua relevância para o assunto em atendo. Nesta, intenta-se o reconhecimento por instituições de ensino do nome social daqueles que se identificam de forma distinta ao gênero de nascimento, por meio de solicitação do interessado. Nesse sentido, considera a necessidade de respeito do gênero de identificação para todos os fins da educação, incluindo-se o uso de banheiros e atividades separadas pelo gênero.

Apesar de promover considerável evolução nos direitos dos gêneros não conformes, é de se observar a reduzida aplicação que tal formulação apresenta na prática. Porque ainda que tratando de um problema elevado atualmente em instituições de ensino, e, mais importante ainda, dando-lhes uma série de aconselhamentos para solucionar o problema, nota-se que a realidade não atinge tal evolução.

---

<sup>36</sup> Gênero indeterminado consiste em termo alternativo a gênero não binário, almejando a mesma significação.

<sup>37</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2216-37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2216-37.htm)>.

<sup>38</sup> BRASIL. Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm)>.

<sup>39</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT. Resolução nº 12, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>>.

Não havendo qualquer normatização legal, o ordenamento brasileiro fica sujeito a diversas violações, as quais não conseguem ser controladas ou acompanhadas, pela ausência de posicionamento em relação ao assunto.

A termos de exemplificação do lento desenrolar das determinações sobre os direitos básicos dos gêneros não conformes, traz-se o Projeto de Lei nº 70-B, de 1995<sup>40</sup>, que, ainda em tramitação, busca regulamentar a permissão de alteração do nome e gênero nos registros civis. Contudo, ainda longe de ser efetivamente aplicado e validado no ordenamento brasileiro.

Imagina-se, assim, que o problema se mostra ainda mais complexo no sentido das instituições prisionais, as quais se colocam em ambiente particular e de, naturalmente, redução de direitos com fins à manutenção de sua própria constituição. Não podendo se confundir, no entanto, com a ausência total de direitos.

O encarceramento, embora envolva instituições com alto risco, e de grande controle, não deve constituir-se como fonte de violações de direitos humanos e ausência de reconhecimento da dignidade humana.

Sua formação baseia-se na ideia de segregação sexual, de modo a facilitar a organização das instituições, justificando-se no sentido da proteção da integridade do sistema como um todo, e dos encarcerados. Contudo, tal concepção se fundamenta muito mais em uma pré-concepção heterogênea de sexualidade, do que em uma realidade em si.

O problema se revela quando não se trabalha mais somente com o gênero feminino e masculino, mas com dissidentes, podendo não se encaixar propriamente em tal dicotomia. Em relação aos transgêneros, o Brasil tem tratado o problema, de forma geral, da pior maneira possível: classificando-os de acordo com as características sexuais do indivíduo, isto é, com o gênero atribuído no nascimento – baseando sua decisão, essencialmente, no exame do órgão sexual.

Alocam-se, assim, presos que se identificam como mulheres em instituições masculinas, visto que nasceram como homens, e vice-versa. Obtém-se, com isso, um resultado massacrante de elevado número de violências sexuais e morais, muitas, ainda, levando à morte. Portanto, claramente, não se chegou a uma resolução da controvérsia.

O erro se funda na crença de que o sexo é aquilo que ele aparenta ser, quando, na verdade, é o que a pessoa realmente é. Mais alarmante ainda é imaginar como se resolveria

---

<sup>40</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 70-B, de 1995. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1587D407698BA3BF29BB9E5960546873.node1?codteor=1036327&filename=Avulso+-PL+70/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1587D407698BA3BF29BB9E5960546873.node1?codteor=1036327&filename=Avulso+-PL+70/1995)>.

a questão dos gêneros indeterminados, os quais não poderiam se identificar com nenhum dos dois, se colocando em um terceiro patamar que ainda não se cogita existir.

Considerando-se a Constituição Federal, obtém-se uma série de direitos fundamentais invioláveis, sendo um deles a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Não é necessário referir-se ao princípio do legislador racional para tentar imaginar o que o constituinte quis se fazer entender nesse ponto, até porque, claramente, utiliza “sem distinção de qualquer natureza”, o que pode se incluir, facilmente, a vedação de distinção por motivos sexuais ou de gênero.

A simples análise de referido dispositivo constitucional permite concluir que há sérias violações do princípio da igualdade no ambiente prisional, o qual desconsidera totalmente o fato de que mulheres e indivíduos que se identificam com o gênero feminino devem ter igualdade de condições e direitos, assim como o mesmo válido para o gênero masculino. Contudo, além de tal fato não ocorrer, ao endereçar de acordo com o sexo de nascimento indivíduo que não se identifica como tal, se dá condições e tratamentos que não condizem com seu gênero – incluindo-se cuidados de saúde, psicológicos e tratamentos diversos. Consoante o que demonstra Susan Appleton,

Although the appropriate place for gender differences in both law and society remains contested, the Supreme Court’s constitutional jurisprudence makes one point undisputably clear: laws that rely on gender-based stereotypes presumptively violate the Equal Protection Clause and related equality norms.<sup>41</sup>

Cabe destacar, ainda, a dignidade humana, cláusula pétrea constitucional, a qual consiste em fundamento da República Federativa do Brasil<sup>42</sup>. As condições fornecidas pelo ambiente prisional devem, antes de qualquer coisa, proporcionar o mínimo de dignidade aos encarcerados, proporcionando-lhes condições básicas de vivência saudável dentro de um ambiente controlado. Apesar disso, a situação que se apresenta é de profunda violação de direitos humanos, de direito à saúde e segurança dentro das instituições, intensificando-se vertiginosamente quando se trata de gêneros não conformes – os quais, além de não serem resguardados, são atacados e rechaçados pelos próprios agentes e administradores dos sistemas prisionais.

---

<sup>41</sup> APPLETON, Susan Frelich. **Contesting Gender in Popular Culture and Family Law: Middlesex and Other Transgender Tales**. Indiana Law Journal, vol. 80, 2005, p. 416.

<sup>42</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 1º, III. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Realmente, grande parte disso se deve à falta de informação dos agentes e gestores prisionais sobre a pluralidade de gêneros e o respeito com que se deve trata-los, como qualquer outro. Mais ainda, há que promover a educação necessária quanto aos cuidados especiais que devem ser promovidos em relação à população carcerária, no sentido de proteção dos gêneros não conformes, contra violências sexuais e psicológicas. Inclusive, ressalta-se que, a fiscalização quanto aos comportamentos em relação aos encarcerados não se deve apenas sobre os presos, mas, essencialmente, sobre os próprios agentes e oficiais que mantêm contato direto com os internos. Conforme recorrentes casos relatados pela doutrina e jurisprudência, há um elevado abuso de oficiais sobre a população carcerária.

A esse respeito, resta importante citar a abordagem dos Estados Unidos em relação aos transgêneros. Enfrentando-se o mesmo problema, o país acabou por tomar um caminho questionável: o uso de solitárias para a separação dos transgêneros em relação ao restante da população carcerária.

Não sabendo como solucionar a classificação dos transgêneros, e, admitindo o erro de coloca-los sob o gênero designado no nascimento, acabaram por aloca-los em ambientes altamente limitantes e degradantes, mesmo que injustamente. Assim, o desídio se afluou por outro viés. Além de promover o isolamento indevido de tais indivíduos, passa-se a falsa e errônea ideia de que, em situação de risco e de violência contra os transgêneros, o problema são os que não se encaixam no padrão, e não os que promovem a violência – até porque, no ambiente prisional, o isolamento consiste em uma “punição dentro da punição”.

O estado do Rio Grande do Sul traz, nesse sentido, o Decreto n. 48.118, de 2011<sup>43</sup>, o qual estabelece que, perante os Órgãos de Administração Pública Estadual Direta e Indireta, os indivíduos devem ser tratados de acordo com seu nome social. No entanto, aparentando evolução sobre os direitos dos transgêneros, mantém a necessidade de uso do nome civil perante todas as outras instâncias da vida social – o que lhes proporciona situação incompleta de usufruto de seu direito fundamental de autoreconhecimento perante a comunidade.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> BRASIL. Decreto nº 48.118, de 2011. Disponível em: <[http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/decreto/estadual/dec\\_rs\\_2011\\_48118.pdf](http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/decreto/estadual/dec_rs_2011_48118.pdf)>.

<sup>44</sup> Além disso, verificou-se que “todos os policiais com os quais foi feito contato dirigiram-se às travestis presas empregando o pronome masculino, bem como lançado mão de seu nome civil” (AGUINSKY, Beatriz Gershenson; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cipriani. **Travestis e segurança pública: as performances de gênero como experiências com o sistema e a política de segurança no Rio Grande do Sul**. Textos e Contextos, Porto Alegre, v. 12, n. 1, jan/jun 2013, pp. 51-52. Disponível em: <[http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7887/2/Travestis\\_e\\_seguranca\\_publica\\_as\\_performances\\_de\\_genero\\_como\\_experiencias\\_com\\_o\\_sistema\\_e\\_a\\_politica\\_de\\_seguranca\\_no\\_Rio\\_Grande\\_do\\_Sul.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7887/2/Travestis_e_seguranca_publica_as_performances_de_genero_como_experiencias_com_o_sistema_e_a_politica_de_seguranca_no_Rio_Grande_do_Sul.pdf)>).

No que condiz à alocação gênero não conforme, remete-se ao caso do Presídio Central de Porto Alegre que, similarmente ao que ocorre nos Estados Unidos, como forma de gerenciar a população encarcerada em suas multiplicidades, promove a segregação daqueles que fogem do modelo binário. Na tentativa de solucionar o problema da alocação dos gêneros não conformes, por iniciativa da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE), em 2012, foi criada ala separada específica para detentos gays, bissexuais e transgêneros no bloco H, do Presídio Central de Porto Alegre.<sup>45</sup>

Mesmo após a criação da ala especial, prosseguiu-se com uma enorme quantidade de violências contra os transexuais, dentro da própria ala, devido ao não acompanhamento e gerenciamento adequado do setor<sup>46</sup>. Nesse sentido, a ONG Igualdade passou a monitorar melhor a situação, inclusive sobre a promoção de atividades educativas aos detentos, além de proporcionar-lhes acompanhamento psicológico, jurídico e social.

Ainda assim, conforme salientado por Felipe Lazzari da Silveira:

Sabe-se também que as travestis, mesmo tendo recebido uma ala especial, ainda continuam a conviver com alguns abusos, tendo em vista que, assim como em outras galerias do Presídio Central, a Galeria H continua a ostentar um elevado índice de consumo de entorpecentes (principalmente o crack) e a evidenciar as deficiências estruturais. Outro problema constatado é que o setor destinado às travestis, acaba abrigando também alguns presos de alta periculosidade, como estupradores e homicidas, tendo em vista que estes também não são aceitos pelo restante da massa carcerária e acabam sendo remetidos ao mesmo setor pela Direção do estabelecimento, que alega não ter outra forma de garantir a segurança deles, situação que consequentemente acaba gerando alguns atos de violência, mesmo que em grau muito inferior ao que as travestis anteriormente eram submetidas.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> SUSEPE. **Galeria com celas específicas para travestis é inaugurada no Presídio Central**. Disponível em: < [http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod\\_conteudo=787&cod\\_menu=4](http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_conteudo=787&cod_menu=4)>.

<sup>46</sup> GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014, p. 72.

<sup>47</sup> DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. **Travestis e Cárcere: o trabalho desenvolvido pela ONG Igualdade no Presídio Central de Porto Alegre**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013, pp. 9-10. Disponível em: < [http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1381430375\\_ARQUIVO\\_FelipeLazzariSilveira.pdf](http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1381430375_ARQUIVO_FelipeLazzariSilveira.pdf)>.

### 3. A IDENTIDADE DE GÊNERO

#### 3.1. GÊNERO E SEXUALIDADE

Ao contrário de os termos gênero e sexualidade serem aplicados como sinônimos, não o são<sup>48</sup>. A identidade de gênero consiste no modo com que o indivíduo se enxerga perante a sociedade, ou seja, como manifesta e comunica a sua identidade externamente<sup>49</sup>. A sexualidade se traduz pela atração a outra pessoa, seja esta do mesmo sexo (homossexualidade), de sexo diferente (heterossexualidade), dos dois sexos (bissexualidade), ou uma atração por nenhum dos dois sexos (assexualismo).

Importante a distinção entre os termos, para fins, inclusive, de compreensão dos movimentos liderados por cada vertente e para conhecimento dos problemas enfrentados no reconhecimento de cada um.

Faced with the true complexity of sex identity and sex difference, binary sex classifications can only be viewed as a social construct that disciplines the body in ways that defy logic, compassion, and medical science.<sup>50</sup>

Há, ainda, o chamado cisgênero, termo que abarca os indivíduos que se encaixam no padrão considerado “normal” da sociedade, isto é, que se encaixa dentro da binariedade de gênero, feminino ou masculino, além de se vincular ao gênero atribuído no nascimento<sup>51</sup>. Inclusive, a nomenclatura cisgênero surgiu como forma de evitar a referência de “normal” e “anormal”.

---

<sup>48</sup> “O uso de “gênero” coloca a ênfase sobre todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade” (SCOTT, Joan. **Gênero: Uma Categoria Útil para Análise Histórica**. Tradução: Christine Rufino Dabat, Maria Betânia Ávila. Texto original: “Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989. p. 7).

<sup>49</sup> MATRICARDI, Danielle. **Binary Imprisonment: Transgender Inmates Ensnared within the System and Confined to Assigned Gender**, MERCER Law Review, Rev. 707, 2015-2016, p. 710.

<sup>50</sup> EZIE, Chinyere. **Deconstructing the body: transgender and intersex identities and sex discrimination – the need for strict scrutiny**. Columbia Journal of Gender and Law, n. 141, 2011, p. 144.

<sup>51</sup> MATRICARDI, Danielle. **Binary Imprisonment: Transgender Inmates Ensnared within the System and Confined to Assigned Gender**, MERCER Law Review, Rev. 707, 2015-2016, p. 710.



A evolução social levou a uma separação cada vez maior entre a identidade de gênero<sup>52</sup> e o sexo dos indivíduos, ao apresentar-se uma série crescente de situações de identificação em gênero diferente ao sexo biológico – isto é, a pessoa possui todas as características biológicas e físicas de um sexo determinado, mas se identifica como o sexo oposto.

O desenvolvimento das teorias de gênero para o campo do Direito se mostra de elevada importância, não apenas para os indivíduos que apresentam qualquer desvio de identificação, mas, inclusive, para os que se identificam conforme ao gênero designado no nascimento. Isso, pelos dois casos estarem sujeitos a uma determinação externa e limitação de tipos de vida que devem levar.

In addition, even those who grow up secure in their identities as “male” or “female” are assigned to a sex category, not by karyotyping, but by cursory inspection of their genitals at birth, so that their anxious parents can know whether to swaddle them in a pink or blue blanket.<sup>53</sup>

Os indivíduos são limitados, em todos os aspectos de sua vida, no momento em que, no seu nascimento, ou antes dele, são identificados pela análise aparente e simplificada de seu órgão genital, como um gênero ou outro – algo que irá influenciar toda sua personalidade, preferências e atitudes. Apesar de ser uma mera classificação, esta se traduz como uma das mais importantes da existência humana, definindo o caminho que a pessoa tomará. Nessa perspectiva, Hazel Beh e Milton Diamon afirmam que *“gender discordance or preference can never be known at birth. The gender that one will manifest in life involves complex interactions among many influences, including inborn biological factors that organize predispositions together with postnatal interactions in society”*.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> “Na gramática, gênero é compreendido como um meio de classificar fenômenos, um sistema de distinções socialmente acordado mais do que uma descrição objetiva de traços inerentes” (SCOTT, Joan. **Gênero: Uma Categoria Útil para Análise Histórica**. Tradução: Christine Rufino Dabat, Maria Betânia Ávila. Texto original: “Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989. p. 3).

<sup>53</sup> EZIE, Chinyere. **Deconstructing the body: transgender and intersex identities and sex discrimination – the need for strict scrutiny**. Columbia Journal of Gender and Law, n. 141, 2011, p. 143.

<sup>54</sup> DIAMOND, Milton. **Biased-Interaction Theory of Psychosexual Development: “How Does One Know if One is Male or Female?”** Sex Roles, 589, 2006, pp. 591-595, *apud*, BEH, Hazel Glenn; DIAMOND, Milton. Individuals With Differences in Sex Development: Consult to Colombia Constitutional Court Regarding Sex and Gender. Wisconsin Journal of Law, Gender and Society, vol. 29, 2014, p. 433.

Ressalta-se a distinção entre a identidade sexual e os comportamentos sexuais<sup>55</sup>. Conforme disposto por Theodore Bennett, referida divisão mostra-se problemática por três principais motivos. Primeiramente, ao promover-se a não inclusão de certas identidades na sociedade, principalmente no que diz respeito às leis e políticas de não discriminação sexual, passa-se a ideia de que tais identidades são meros comportamentos ou atitudes pessoais, e não identidades a serem formalmente reconhecidas – o que gera elevados impactos negativos à vida daqueles que se encaixam nesses casos, não alcançando direitos e proteções.<sup>56</sup>

O segundo motivo abordado por Bennett se traduz no fato de a orientação sexual dos indivíduos serem, na maioria das vezes, visualizadas quase como um “estado de espírito”, sobre o qual a pessoa não tem certeza e é totalmente influenciada por fatores externos, que não sua identificação pessoal propriamente dita. E, por fim, o autor fala da visão que se tem das minorias sexuais como ações ou movimentos, em vez de identidades em si mesmas.<sup>57</sup>

Tais fatores denotam a fragilidade com que as variadas identidades sexuais se apresentam, sendo conhecidas como meros comportamentos ou fatos passageiros, que não merecem o reconhecimento adequado pela legislação e pela sociedade. Com isso, não se atribui a devida importância com que o tema necessita ser tratado, mantendo-se uma situação de estagnação na evolução dos direitos e proteções às diversidades sexuais.

Ademais, o reconhecimento da diferença entre o gênero e a sexualidade abrange, também, a promoção da proteção das diversidades existentes. Para cada tipo de discriminação, há que se falar em uma política e norma de discriminação específica, para que se possa dar o foco necessário ao problema que se busca dirimir.

Acknowledging the important differences that can exist between seemingly related kinds of discrimination is something that is familiar to anti-discrimination law, for

---

<sup>55</sup> “No seu uso mais recente, o “gênero” parece ter aparecido primeiro entre as feministas americanas que queriam insistir no caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. (SCOTT, Joan. **Gênero: Uma Categoria Útil para Análise Histórica**. Tradução: Christine Rufino Dabat, Maria Betânia Ávila. Texto original: “Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989. p. 3)

<sup>56</sup> BENNETT, Theodore. **Orientations and ‘deviations’: sexuality in anti-discrimination law**. Monash University Law Review, vol. 42, n. 1, 2016, pp. 24-26.

<sup>57</sup> BENNETT, Theodore. **Orientations and ‘deviations’: sexuality in anti-discrimination law**. Monash University Law Review, vol. 42, n. 1, 2016, pp. 24-26.

example ‘sex’ and ‘gender identity’ are separate grounds of discrimination, as ‘race’ and ‘colour’.<sup>58</sup>

### 3.2. O GÊNERO NÃO CONFORME E O DIREITO

A sociedade e suas instituições apresentam expectativas de gênero, a partir das quais se tem uma visão pré-concebida de fatores determinantes de cada gênero e de suas características essenciais.<sup>59</sup>

Julie Greenberg traça uma relevante evolução histórica do gênero ao longo do tempo. Elucida, inicialmente, a existência de “Idade das Gônadas”, nomenclatura emprestada por Alice Domurat Dreger, referente ao final do século XIX e início do século XX, em que o sexo era determinado apenas com base nas gônadas. Posteriormente, refere-se ao desenvolvimento da “Era da Genitária”, constituída do meio do século XX, em que se deixou de analisar o sexo pelas gônadas, e passou-se a basear sobre a aparência da genitália dos indivíduos. Inseriu, por fim, os “desafios do protocolo de tratamento tradicional”, o qual se considera presente desde os anos 1990 até o momento atual, momento o qual se passou a questionar o foco sobre a genitália – que levou a uma leva de procedimentos intrusivos sobre crianças ainda novas, e sem possibilidade de escolha<sup>60</sup>.

O desenvolvimento das sociedades se deu em direção à valorização crescente e intensa das liberdades, de forma a valorizar os aspectos individuais – embora muito se tenha a evoluir. Ascenderam, assim, diversos movimentos sexuais de emancipação em relação ao sistema binário patriarcal, no sentido da melhora de vida àqueles que não se encaixam no padrão social pré-definido, e às mulheres, que apesar de se inserirem na dicotomia estabelecida, apresentam situação de inferioridade e discriminação.

<sup>58</sup> BENNETT, Theodore. **Orientations and ‘deviations’: sexuality in anti-discrimination law.** Monash University Law Review, vol. 42, n. 1, 2016, p. 35.

<sup>59</sup> “Pois a heteronormatividade como uma produção sócio-histórica e cultural se estabelece em forma de parâmetro, demonstrando uma maneira específica de como todos em seu modo de vista, de ser e de viver devem exercer e expressar sua sexualidade. Logo, para aqueles que não atendem à supremacia da regra, que escapam da generalização, resta sentir cotidianamente a produção e a reprodução de tratamentos discriminatórios que, atravessados por outras possíveis opressões, radicalizam ainda mais as manifestações da questão social” (AGUINSKY, Beatriz Gershenson; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cipriani. **Travestis e segurança pública: as performances de gênero como experiências com o sistema e a política de segurança no Rio Grande do Sul.** Textos e Contextos. Porto Alegre, v. 12, n. 1, jan/jun 2013, p. 49. Disponível em: <[http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7887/2/Travestis\\_e\\_seguranca\\_publica\\_as\\_performances\\_de\\_genero\\_como\\_experiencias\\_com\\_o\\_sistema\\_e\\_a\\_politica\\_de\\_seguranca\\_no\\_Rio\\_Grande\\_do\\_Sul.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7887/2/Travestis_e_seguranca_publica_as_performances_de_genero_como_experiencias_com_o_sistema_e_a_politica_de_seguranca_no_Rio_Grande_do_Sul.pdf)>).

<sup>60</sup> GREENBERG, Julie A. **Intersexuality and the Law: Why Sex Matters.** New York University Press, 2012, pp. 14-18.

A definição dos gêneros sempre se deu em comparação ao padrão masculino, considerado referencial para a sociedade. Conforme Nicole Anzuoni faz referência a Mary Ann Case, não se considera o gênero masculino passível e necessitado de proteção de discriminação, tendo em vista ser ele a própria fonte de diferenciação entre os gêneros<sup>61</sup>.

O Direito em si, como um todo, é baseado, desde a origem do seu desenvolvimento, em normas essencialmente masculinas, as quais criam uma série de estereótipos dos gêneros. Inclusive, a própria discussão do casamento se baseia nessa ideia, em que a lei definiu a posição que cada gênero deve ocupar, ao delimitar, em sua origem, a união entre o homem e a mulher como válida.<sup>62</sup>

Decorrente disso há o crescente surgimento de normas contra a discriminação sexual, as quais têm apresentado influência considerável sobre aspectos do respeito em ambientes de trabalho, por exemplo. Remete-se, sobre isso, ao Título VII da jurisprudência norte-americana, o qual promove uma política de não discriminação, criminalizando qualquer diferenciação com base no gênero.

Ainda assim, muito se discute sobre referida jurisprudência, se esta abarca as diversidades de gênero, ou se apenas buscou abranger a discriminação contra as mulheres.

No Brasil, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação de LGBT, emitiu diversas resoluções no sentido do reconhecimento das identidades de gênero, com o objetivo de vedar que fossem realizadas marginalizações pelas não congruências com o padrão binário. Ressalta-se, nesse sentido, a Resolução nº 11<sup>63</sup>, a qual estabelece parâmetros do que deve ser classificado como orientação sexual, identidade de gênero e nome social, para fins de registro de ocorrência. Além disso, elenca-se a Resolução nº 12<sup>64</sup>, a qual delimita parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais, e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais, nos sistemas e instituições de ensino,

<sup>61</sup> “The masculine man is not believed to need protection from discrimination nor suport in improving his circumstances as he is considered the standard (or “norm”) against which others are measured”. (CASE, Mary Ann. **Disaggregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence**, 105 Yale L.J. 1, 3-4, 1995 *apud* ANZUONI, Nicole. Gender Non-Conformists Under Title VII: A Confusing Jurisprudence in Need of a Legislative Remedy. The Georgetown Journal of Gender and the Law, n. 871, 2001-2002.).

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Min. Rel. Ayres Britto, publicação em 14/10/2011, p. 12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.

<sup>63</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT. Resolução nº 11, de 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-011>>.

<sup>64</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT. Resolução nº 12, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>>.

formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização<sup>65</sup>.

Finda-se relevante a discussão sobre as proteções de anti-discriminação sexual na Austrália, questionando-se o fato de fazerem referência a determinadas classificações sexuais, em detrimento de outras que não são citadas. Conforme considerado por Theodore Bennett, se trata de forma problemática de se abranger de forma seletiva alguns tipos de sexualidade, e outros não<sup>66</sup>. E frisa-se que tal fato ocorre, claramente, nas poucas referências que se tem à proteção à não discriminação sexual no Brasil, feitas pelo Conselho Nacional de Combate à Não Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT, as quais abrangem, essencialmente, discriminações contra travestis e transexuais, não citando as outras diversas identidades de gênero sujeitas a diversas situações deteriorantes.

No caso dos Estados Unidos, fala-se sobre o estado de Idaho, o qual não reconhece a proteção a transgêneros e gêneros não conformes, além de não permitir emendar documentos oficiais com fins de alteração do gênero registrado. Sobre isso, Robert Anderson conclui que o reconhecimento de referidos gêneros não constitui um ganho somente aos que neles se identificam.<sup>67</sup> Ao contrário, haveria uma série de benefícios diretos ao estado de Idaho, proporcionando melhorias de segurança pública – de forma a diminuir a criminalização de tais indivíduos marginalizados, redução de gastos com assistência pública, aumento da economia – por se tornarem pessoas integradas na população economicamente ativa, e serem capazes de maior consumo. O autor esclarece que, *“by bringing transgender and gender non-conforming Idahoans into the scope and protections of Idaho’s laws, Idaho will be a safer and healthier place for them to live”*<sup>68</sup>.

A discrepância entre a aceitabilidade social e o Direito em relação aos gêneros emergentes, que apesar de só conhecidos recentemente, sempre estiveram presentes, mesmo que veladamente. A extremada injustiça consiste no fato de, ao contrário do restante da sociedade, serem colocados em posição de espera quanto à concessão de seus

---

<sup>65</sup> Ambas as Resoluções disponíveis no site do Ministério dos Direitos Humanos em <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes>>.

<sup>66</sup> “It is clear that federal anti-discrimination law in this area provides legal protection for certain types of sexuality and not others” (BENNETT, Theodore. **Orientations and ‘deviations’: sexuality in anti-discrimination law.** Monash University Law Review, vol. 42, n. 1, 2016, p. 20).

<sup>67</sup> ANDERSON, Robert. **Way Out West: a comment surveying Idaho State’s legal protection of transgender and gender non-conforming individuals.** Idaho Law Review, vol. 49, 2012-2013, pp. 618-620.

<sup>68</sup> ANDERSON, Robert. **Way Out West: a comment surveying Idaho State’s legal protection of transgender and gender non-conforming individuals.** Idaho Law Review, vol. 49, 2012-2013, pp. 618-620.

direitos mais básicos<sup>69</sup>, como o de utilizar o banheiro adequado ao gênero que pertencem, serem aceitos de forma a não sofrerem violências físicas e morais no seu cotidiano, poderem casar com a pessoa com que mantém relações, sem necessitar de uma autorização para tal. Embora importantes, o maior de tudo, é a necessidade urgente que possuem de serem identificados do modo com que se enxergam, de forma a possuírem documentos e reconhecimento público sobre quem realmente são, e não sobre quem deveriam ser aos olhos do Estado<sup>70</sup>.

O papel das Cortes é essencial para o empoderamento dos movimentos de emancipação das expressões de gênero, de forma que funcionam como uma espécie de “investigadores” sobre os aspectos sexuais do indivíduo. A discrepância ocorre na forma de aplicação do Direito pelas Cortes, que, em diversas jurisdições, se baseiam em critérios inconstantes para o direcionamento de sua atuação. Assim, enquanto que, em alguns casos, dá excessivo peso à opinião médica sobre a questão, em outros acaba por ignorá-los completamente.

Atinge-se, com isso, um patamar de extrema divergência entre Cortes de um mesmo país, e, mais intensamente, entre Cortes de países diferentes. É perceptível por meio de tal análise a inconstância de definição do que seria “masculino” e “feminino”, o que faz com que não se sustente a falta de reconhecimento de uma pessoa e outra em tais categorias, visto que são totalmente subjetivas aos olhos do próprio ordenamento.

The variability of standards that courts employ, coupled with the certainty that each court professes in reaching its determination, reveals the extent to which definitions of “male” and “female” are constructed by, and adopted as, law<sup>71</sup>.

Em ataque à concepção binária, Sara R. Benson destaca que “*in reality, gender is more akin to a spectrum, rather than a binary*”.<sup>72</sup> Além disso, conforme referenciado por Chinyere Ezie, “*law’s reluctance to recognize transgendered persons on their own terms,*

---

<sup>69</sup> ANZUONI, Nicole. **Gender Non-Conformists Under Title VII: A Confusing Jurisprudence in Need of a Legislative Remedy**. The Georgetown Journal of Gender and the Law, vol. III, 2001-2002, p. 892.

<sup>70</sup> “But even if the right to preserve one’s identity vanishes with adulthood – a conclusion that seems unlikely – the state’s refusal to record a person’s self-identified gender identity on official documents touches, or very nearly so, the core of one’s sense of self” (BOCHENEK, Michael; KNIGHT, Kyle. **Establishing a Third Gender Category in Nepal: Process and Prognosis**. Emory International Law Review, vol. 26, 2012, p. 36).

<sup>71</sup> EZIE, Chinyere. **Deconstructing the Body: Transgender and Intersex Identities and Sex Discrimination – The Need for Strict Scrutiny**. Columbia Journal of Gender and Law, 2011, p. 163.

<sup>72</sup> BENSON, Sara R. **Hacking the Gender Binary Myth: Recognizing Fundamental Rights for the Intersexed**. Cardozo Journal of Law and Gender, vol. 12, 2005-2006, p. 59.

*as real men and real women who suffer actionable discrimination, has led their legal lives to be characterized by exclusion*”<sup>73</sup>.

Desta feita, as Cortes e ordenamentos, por todo o mundo, tem buscado a errônea afirmação de que se colocam em responsabilidade de definição e atribuição dos sexos dos indivíduos.

Many judges tend to view males and females as opposite poles of a binary divide that must be carefully policed. They are unwilling to allow people to cross that boundary unless they present irrefutable and irreversible evidence that they can never return to live as their original sex.<sup>74</sup>

### 3.3. O GÊNERO NA LINGUAGEM

A discussão sobre a sexualidade e gênero não se traduz apenas nas situações extremas, mas na própria base da linguagem aplicada em todas as áreas e situações. Muito se indica ao avaliarmos que, na língua brasileira, por exemplo, o masculino é aplicado como plural abrangente de todos os referenciados, quando se tem mais de um gênero envolvido.<sup>75</sup>

Ainda, a elocução de discursos se apresenta, no geral, no masculino. De forma com que todos possam se identificar com o que está sendo elucidado, e nos identificamos.<sup>76</sup> Contudo, ainda que questionável, tal problema se intensifica quando se trata de indivíduo que não se identifica com nenhum dos gêneros, e então se pergunta: por que não um gênero neutro?

A questão que se está analisando não é a mudança de toda a língua no sentido da integração da multiplicidade sexual e de gênero, e sim o impacto que sua estrutura limitante apresenta sobre outros aspectos da vida das pessoas. Um deles, de fundamental relevância, é a questão dos documentos oficiais.

<sup>73</sup> EZIE, Chinyere. **Deconstructing the Body: Transgender and Intersex Identities and Sex Discrimination – The Need for Strict Scrutiny**. Columbia Journal of Gender and Law, 2011, p. 168.

<sup>74</sup> GREENBERG, Julie A. **Intersexuality and the Law: Why Sex Matters**. New York University Press, 2012, pp. 65-66.

<sup>75</sup> A discussão do “masculino plural” aqui retratada se baseou sobre a abordagem da obra “Carta de uma orientadora: o projeto de pesquisa”, de Débora Diniz. Nesta, a autora transpõe tal característica da língua e direciona toda sua locução à leitora mulher, algo culturalmente incomum (DINIZ, Débora. **Carta de uma orientadora: o primeiro projeto de pesquisa**. Brasília: Letras Livres, 2013).

<sup>76</sup> DINIZ, Débora. **Carta de uma orientadora: o primeiro projeto de pesquisa**. Brasília: Letras Livres, 2013.

O problema se insere no momento em que, no preenchimento e requerimento de um documento oficial, que identifica e posiciona o indivíduo perante todo o funcionamento estatal, lhes são dadas duas limitadas opções: masculino ou feminino. Alguns países já evoluíram nesse sentido, sendo precursores na solução desse problema. Foi nesse sentido que na Alemanha, em 2013, criou a opção de que, na certidão de nascimento, houvesse uma terceira opção de gênero a ser oferecida aos pais que registram os filhos: o gênero indeterminado, representado por se deixar o espaço do gênero em branco, e, além disso, a possibilidade de marcação do gênero indeterminado nos passaportes com a letra “X”<sup>77</sup>.

Tal resolução representa uma grande evolução sobre a identificação de gênero, tendo em vista constituir uma prova prática contra a binariedade de gênero, abrindo a legalidade para a existência de uma terceira via, daqueles que não se encaixam nem no masculino, nem no feminino. E, ainda assim, possam ser considerados “normais” às vistas do Estado e da sociedade.

Os efeitos do passo dado pela Alemanha não possui consequências somente sobre a oficialidade de documentos, mas proporciona uma variedade de possibilidades no futuro de crianças que serão habilitadas fora do escopo da binariedade.

A ideia que se discute aqui é a relevância de se trazer a mudança pelas bases – sendo que, a certidão de nascimento consiste no início do reconhecimento da personalidade do indivíduo pelo Estado e a sociedade em que se insere. Obtendo-se esse reconhecimento desde o início, facilitar-se-á que o restante de sua vida seja enquadrado pelas normas e pela sociedade.

Há que se considerar, ainda, os casos da Austrália e Nova Zelândia, em que, desde 2011 e 2012, respectivamente, já se permite a possibilidade de identificação como gênero “X” no passaporte.<sup>78</sup>

Percebe-se o crescente investimento no sentido dos registros oficiais, como forma de proporcionar aos indivíduos um reconhecimento oficial de suas identidades de gênero – o que, consequentemente, gera efeitos sobre todos os outros atos públicos que o indivíduo se inserir. Isso, pois, abrangendo-se sua identificação, esta deve se perpetuar perante quaisquer outras atividades a serem praticadas.

Nesse sentido, o anexo da Resolução nº 12, de 2015, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e

---

<sup>77</sup> “Germany allows ‘indeterminate’ gender at birth”, 1 nov. 2013, BBC News. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-24767225>>.

<sup>78</sup> “Germany allows ‘indeterminate’ gender at birth”, 1 nov. 2013, BBC News. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-24767225>>.



Transexuais – CNCD/LGBT considera que “o uso do nome social, embora central, não se constitui em si um objetivo fim, mas é uma parte de uma estratégia para o reconhecimento da identidade (em sua dimensão de gênero) de um grupo social historicamente marginalizado”<sup>79</sup>. Isto é, o reconhecimento do seu gênero para os fins públicos oficiais consiste na base para que a aceitação formal de sua identidade seja estendida a outros parâmetros da vida, de forma com que seja legitimado seu gênero.

Ainda em referência ao dispositivo do Conselho, considera-se o não reconhecimento da identidade do indivíduo indesejável por tornar o indivíduo mais vulnerável a situações de violência e discriminação, sendo mais propício que a abordagem, seja em ambientes oficiais ou informais, pela não compatibilidade entre seu gênero oficialmente reconhecido e a “construção objetiva de si”, gerando situações constrangedoras aos que nela se encontram<sup>80</sup>.

Mais intenso do que todo o explicitado, a linguagem no tratamento dos gêneros não conformes se mostra essencial para a transformação de toda a sociedade na inclusão das variedades de gênero nos discursos e na vida cotidiana, de forma com que sejam reconhecidos da forma com que se identificam. Embora de aparente insignificância, o nome com que são identificados e o pronome a que são referidos representa a aceitação de tudo o que são, significando o reconhecimento de suas vidas perante a sociedade e o contexto que os cercam.

Of course, as is the case in culture generally, naming is a key step toward securing this gain within legal culture because self-signification is a prerequisite to the projection of an identifiable and recognizable perspective. Clearly, then, the time has come to find, name, and situate this missing voice in legal culture and in critical legal theory.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT. Anexo da Resolução nº 12, de 2015: Parecer nº 1, de 16 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012-anexo>>.

<sup>80</sup> “Quando a instituição ou rede de ensino não se dirige a esses e essas estudantes utilizando o nome social que reflete sua identidade de gênero, nega-lhe o reconhecimento de sua própria identidade, contribuindo inclusive para torna-la/o mais vulnerável a situações de violência e discriminação. Ser diariamente interpeladas ou interpelados com um nome que não reflete a construção subjetiva de si constitui uma experiência humilhante e constrangedora com um claro impacto emocional e motivacional sobre esses sujeitos” (BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT. Anexo da Resolução nº12. Parecer nº 01, de 16 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012-anexo>>).

<sup>81</sup> VALDES, Francisco. **Afterword and Prologue. Queer Legal Theory**. California Law Review, vol. 83, issue 1, 1995, pp. 352-353.

É perceptível a necessidade que a sociedade tem de nomear e classificar tudo o que é novo, incluindo as diversidades de gênero. E, por isso, a busca por um “nome” aos gêneros não conformes, de forma a serem identificados pelo meio no qual estão inseridos, inclusive abrangendo os documentos oficiais, dando-lhes legitimidade para exigir respeito e proteção a discriminações.

A partir disso, surgem diversas teorias de autoconhecimento e fortalecimento da diversidade de gêneros, sendo uma delas a Teoria Queer. Esta abarca a ideia de que se deve ter uma luta por todas as identidades de gênero, de forma a impedir o desenvolvimento de opressões de cunho sexual e discriminatório, sem se ater apenas às experiências das minorias sexuais. Para isso, inclui, também, a luta das mulheres, contra os excessos de uma sociedade “hetero-patriarcal”, em que todos que não se encaixam no gênero masculino são vistos como “os outros”<sup>82</sup>.

Queer legal theory devoted specifically to the eradication of sexual orientation discrimination and more generally to the attainment of sex/gender reform, should embrace and enlist the voices of all Queers, regardless of sexual orientation or any other aspect(s) of personhood.<sup>83</sup>

A Teoria Queer se baseia na ideia de valorização das identidades de gênero e orientações sexuais, de forma a desvinculá-las ao aspecto negativo que apresentam historicamente<sup>84</sup>, essencialmente por influências religiosas. Além disso, pretende-se dar relevância ao aspecto da sexualidade, retirando-lhe o caráter frívolo que muitas vezes a sociedade lhe atribui, evitando a promoção da discussão aprofundada que necessita.

Além disso, referida teoria objetiva, principalmente, promover um discurso de igualdade e dignidade que incluam os limites dos gêneros binários. Até porque, do modo com que se constitui hoje, a privacidade se revela como um dos principais causadores de

---

<sup>82</sup> VALDES, Francisco . **Afterword and Prologue. Queer Legal Theory.** California Law Review, vol. 83, 1995, p. 356.

<sup>83</sup> VALDES, Francisco . **Afterword and Prologue. Queer Legal Theory.** California Law Review, vol. 83, 1995, p. 356.

<sup>84</sup> Segundo Gabriela Favretto, “a Teoria Queer desenvolveu um contraponto à patologização da transexualidade e do travestismo (expressão do transgênero) consagrada pelo Código Internacional de Doenças, colocando que é o pensamento normativo e hegemônico de identidades sexuais polarizadas em masculino-homem e feminino-mulher que leva a concepções patologizantes” (GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais, Porto Alegre, 2014, p. 12).

discriminação e segregação sexual, por promover a ocultação dos gêneros, e não fornecer a base suficiente para que possam se expressar livremente. Propõe, portanto, a desconstrução de “sexo” e “gênero”, de forma a incluir, também, a responsabilidade do movimento feminista de tratar em si as diversidades sexuais subjulgadas na sociedade atual.

O indivíduo que apresenta gênero não conforme ao sexo biológico é colocado em posição de marginalização na sociedade, por ser constantemente discriminado e julgado pela sua situação diferenciada do padrão social exigido. São taxados de “estranhos”, “anormais”, “aberrações”, e são subjulgados à margem da sociedade, de forma que não alcançam, na maioria das vezes, condições mínimas para a manutenção de sua sobrevivência.

O isolamento de tais indivíduos, iniciada pela linguagem e perpetrada pelas diversas instituições sociais, inclusive pela alta taxa de abandono pela família, leva a uma marginalização do grupo, submetendo-os a condição de elevada probabilidade de criminalização e consequente encarceramento. Comumente são presumidos como profissionais do sexo ou como criminosos. Seu comportamento, por não ser compreendido, é normalmente interpretado como desrespeito ou anormal, sendo-lhes atribuídas, até mesmo, incapacidades mentais.

Há que se considerar, também, a alta taxa de desemprego entre indivíduos não conformes<sup>85</sup>, decorrente da marginalização a que são sujeitos, por não se encaixarem nos padrões de aparência, comportamento e vestimentas<sup>86</sup>. Mesmo aqueles já inseridos em posição laboral e em grupos sociais conhecidos, acabam se submetendo ao empasse de se autoafirmar no gênero em que se identificam, ou se esconderem sob as aparências do gênero que a sociedade espera que siga. Normalmente, quando escolhe o reconhecimento da própria vida, acaba por perder todo o resto, por pura discriminação social.

### 3.4. A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO PATOLOGIA

---

<sup>85</sup> A denominação indivíduos não conformes como aqueles que não se encaixam no padrão binário de gênero, ou que sua identificação de gênero não condiz com o sexo de nascimento.

<sup>86</sup> Jaime M. Grant et al., **Nat'l Ctr. For Transgender Equality and Nat'l Gay and Lesbian Task Force, Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey 8**, 2011, *apud* LEVASSEUR, M. Dru. Gender Identity Defines Sex: Updating the Law to Reflect Modern Medical Science is Key to Transgender Rights. *Vermont Law Review*, vol. 39, 2015, p. 951.

A discussão tomou os rumos da medicina, que passou a considerar tal condição de inconsistência entre o gênero identificado e o sexo de nascimento como uma patologia, “Gender Disphoria”, considerando doente o indivíduo que assim se sentisse<sup>87</sup>.

A patologização apresenta controvérsias entre a doutrina, as diversas organizações envolvidas e os indivíduos de gênero não conforme. Preliminarmente, é altamente criticada ao tornar algo legítimo e interno da pessoa em uma doença, de forma que esta deve ser tratada para se identificar com o sexo de nascimento.

Referida concepção em muito se aproxima, negativamente, do modo com que a homossexualidade foi tratada em sua ascensão<sup>88</sup>. Criando-se, assim, situação que deveria ser “consertada”, na tentativa de que o indivíduo possa se encaixar corretamente na dicotomia binária e atingir as expectativas sobre seu gênero designado no nascimento, tanto de comportamento, vestimenta, aparência, e atitudes.

The modern regulatory Project of sex classification is currently in a crisis, caused by the increasing divergence between individual gender definition and legal sex designations: individuals are more likely than ever before to affirm a gender identity different than the one traditionally associated with the sex assigned to them at birth, and the gender expression of more and more people fails to reflect the normative stereotypes expected of them.<sup>89</sup>

Apesar disso, ainda se tem como predominante a valorização do sexo de nascimento, como formador de toda a identidade do indivíduo, inclusive como referência de exigência sobre a forma que se porta perante a sociedade. Culturalmente, ainda se baseia no sexo, e não no gênero que a pessoa se identifica, para a sua classificação em atividades cotidianas diversas, inclusive seu registro em documentos oficiais.

---

<sup>87</sup> Segundo a Associação Profissional Mundial para Saúde de Transgêneros (World Professional Association for Transgender Health – WPATH), “gender dysphoria” é causada pela discrepância entre a identidade de gênero do indivíduo e seu sexo designado no nascimento (ELI COLEMAN ET AL., **The World Professional Association for Transgender Health, Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People**. Disponível em: <[http://www.wpath.org/site\\_page.cfm?pk\\_association\\_webpage\\_menu=1351&pk\\_association\\_webpage=3926](http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=3926)>).

<sup>88</sup> “The 1994 definition is the result of several revisions, and probably needs to be understood as well in light of the American Psychiatric Association’s (APA) decision in 1973 to get rid of the diagnosis of homosexuality as a disorder and its 1987 decision to delete “ego dystonic homosexuality”, a remaining vestige from the earlier definition” (BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. Routledge, New York and London, 2004, p. 78).

<sup>89</sup> CURRAH, Paisley. **The Transgender Rights Imaginary**. The Georgetown Journal of Gender and the Law, vol. IV, p. 707.

O problema se inicia, realmente, no momento do nascimento. Desde épocas antigas, por uma convenção cultural, se identifica o sexo do feto pela aparência de seu órgão genital, classificando-o como feminino ou masculino. A partir desse momento, limitam-se suas escolhas sob o véu do gênero que lhe é previamente definido.

A designação do sexo, até para fins de certidão de nascimento, coloca-se como fator importante da vida futura da pessoa que nasce. Não se trata de mera formalidade, mas de toda uma forma com que a criança será criada, no sentido de um sexo ou de outro, sendo influenciada pelos genitores no modo como deve se portar.

Com isso tem-se a impressão, ainda, de que o gênero é algo imutável e definitivo<sup>90</sup>, sendo conclusivamente determinado no momento do nascimento em sua certidão. Contudo, o mesmo não se mostra verdadeiro. Inclusive, o gênero consiste em fator construído pelo indivíduo, influenciado pelo meio que convive. Além disso, o próprio sexo, como aparência física, pode ser alterado – conforme se obtém da experiência dos transexuais.

No entanto, o sistema de documentos oficiais faz com que essa identificação de gênero dificilmente seja livre. Primeiramente, já no nascimento, ao registrar-se o sexo na certidão, está-se condenando que todos os outros documentos necessariamente estejam de acordo com este e com a classificação imposta nele. A dificuldade de alteração da certidão de nascimento é excessivamente desgastante e problemática, de forma que o indivíduo, que apresenta gênero distinto de seu sexo atribuído, enfrenta uma série de problemas e constrangimentos em simples atividades cotidianas.

A contradição existe, entretanto, no fato de a patologização do gênero ser, muitas vezes, negativa e degradante àqueles que tentam se autoafirmar, e, ao mesmo tempo, a solução que lhes é apresentada para que possam atingir a identidade pretendida. Nesse sentido, Paisley Currah descreve que *“in some litigation, advocates assert that transsexuality is a medical condition – gender dysphoria or gender identity disorder – and as such transsexual men and women should not be subject to sex discrimination or denied legal recognition of their reassigned sex because of a pathological condition”*<sup>91</sup>

Mais especificamente, a consideração da não conformidade do gênero como patologia apresenta função fundamental na garantia de que, em instituições prisionais, lhes

---

<sup>90</sup> O mesmo ocorrendo quando se diagnostica a não conformidade de gênero como uma patologia, em que se define o gênero como algo permanente e imutável (BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. Routledge, New York and London, 2004, p. 81).

<sup>91</sup> CURRAH, Paisley. **The Transgender Rights Imaginary**. The Georgetown Journal of Gender and the Law, vol. IV, 2002-2003, p. 716.

sejam garantidos os processos de alteração sexual, para fins de equivalência ao gênero de identificação.<sup>92</sup>

Em outras palavras, quando encarcerado, o indivíduo se insere em ambiente de redução considerável de direitos, como característica à manutenção do próprio sistema prisional. Contudo, o encarceramento, de modo algum, pode deixar de lhes fornecer direitos básicos à proteção, à saúde, à integridade física e moral. Dado a enorme necessidade médica, principalmente de indivíduos que estão no processo de alteração de sexo, é essencial que lhes seja fornecido todo o apoio e meios necessários para preservar sua saúde física e psicológica, não lhes proporcionando sofrimento cruel e evitável. A classificação de seu estado como patologia acaba por obrigar que o sistema prisional lhes proporcione o tratamento e acompanhamento adequado para atingir seus fins de alteração sexual<sup>93</sup>.

A questão da patologização do gênero não conforme não diz respeito somente às questões legais e sociais. O real problema a que se deve focar é a necessidade que se tem de dar uma “solução” a tais desvios, de forma a, novamente, adequá-los à binariedade padrão, a que se considera o normal desejado.

We must remember that the purpose of any pathologizing discourse is not simply to define the “sick”, but also to describe and identify the “healthy”, and to see the boundary between them. So, in fact, the medical model governs the lives of everyone – both transgender and non-transgender, transsexual and non-transsexual.<sup>94</sup>

Sendo assim, tanto o processo de mudança de sexo, no caso dos transgêneros, como a escolha por um sexo ou outro, no caso dos hermafroditas ou intersexuais, é uma questão totalmente presa ao sistema binário. Mesmo em tais casos, onde teoricamente se está desafiando os padrões de gênero sociais, apenas se está tentando readequar os indivíduos a estes.

O problema é evidente nos casos de intersexualidade, quando há uma forte pressão médica sobre os pais da criança, a qual nasce com uma mistura de caracteres biológicos de ambos os sexos, sobre a escolha de um deles. Ainda, a recomendação, em sua maior parte,

---

<sup>92</sup> MATRICARDI, Danielle. **Binary Imprisonment: Transgender Inmates Ensnared within the System and Confined to Assigned Gender**. Mercer Law Review, vol. 67, 2015-2016, p. 716.

<sup>93</sup> BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. Routledge, New York and London, 2004.

<sup>94</sup> CURRAH, Paisley. **The Transgender Rights Imaginary**. The Georgetown Journal of Gender and the Law, vol. IV, p. 716.

é focada na ideia da possibilidade de relação sexual, biologicamente analisada. Tal viés baseia a realização de procedimentos definitivos, fundamentados em aspectos puramente físicos e aparentes do que é considerado “órgão sexual aceitável”, com a justificativa de proporcionar uma vida normal à criança.

Portanto, mesmo o que se vê como evolução no sentido do reconhecimento de gênero, muitas vezes, se mostra como um retorno à não aceitação, ao se tentar realocar todos no modelo binário.

Indeed, because intersex surgeries are usually not motivated by medical necessity, and because they proceed without so much as the informed consent of patients, they ultimately serve a different function: disciplining the body and perpetuating the notion of binary sex for heterosexist ends.<sup>95</sup>

Há grande foco na sexualidade, a qual direciona os diversos atos da vida, das relações e mesmo das exigências médicas do que se considera “saudável” e “normal”. Um exemplo do papel protagonista que tal fator representa é o fato do assexualismo ser, em quase sua totalidade, tratado como um problema médico, o qual deve ser tratado. Referido fato traz consigo a forte exigência de interesse pelo sexo que o mundo atual apregoa, incentivado pelos diversos aspectos das relações interpessoais, pela mídia, e pelos próprios profissionais da saúde.

A referência ao assexualismo, embora se trate de uma orientação sexual, pode ser relacionada diretamente ao gênero não binário ou indeterminado. Conforme elenca Elizabeth Emens, estudos indicam que os assexuados são mais propícios à resistência aos padrões de identidade de gênero, levando-se a uma relação com a não identificação com nenhum dos gêneros. Além disso, a perspectiva do assexualismo frisa a segregação inerente à questão do desejo sexual, que apresenta função central no funcionamento e composição da humanidade<sup>96</sup>.

Conforme aduzido por Theodore Bennett, a sociedade acaba por colocar o sexo como fator central da sobrevivência e relacionamento humano, de forma a generalizá-lo. Assim, quando há um desvio desse padrão de foco na sexualidade, como no caso dos

---

<sup>95</sup> EZIE, Chinyere. **Deconstructing the body: transgender and intersex identities and sex discrimination – the need for strict scrutiny**. Columbia Journal of Gender and Law, n. 141, 2011, p. 154.

<sup>96</sup> “An assexual perspective also shows up the extent to which this segregation organizes us around (our presumptive) sexual desire” (EMENS, Elizabeth F. **Compulsory Sexuality**. Stanford Law Review, vol. 66, 2014, p. 357).

assexuados, há um estranhamento e repúdio, promovendo-se uma segregação de tais indivíduos.

Inclusive, Elizabeth Emens faz menção, ainda, ao fato de o foco nas relações sexuais determinar diversos aspectos da vida cotidiana dos indivíduos, promovendo a segregação constante em ambientes como banheiros, vestiários, prisões.

A partir de toda a evolução e história do ser humano, parte-se da errônea ideia de que o “masculino” e “feminino” constituem-se como características inerentes à existência humana e ao nascimento. No entanto, consiste em atribuição altamente artificial e construída culturalmente, não sendo de nenhuma forma natural.

O mais interessante é observar que os atributos ligados a cada gênero foram construídos pelo ser humano, determinadas pelo modo com que são criados e pelos incentivos que recebem a depender de qual classificação se encaixam. Nesse sentido, muitos defendem, ainda, a influência com que a criação que a pessoa recebe tem sobre sua identidade – independentemente do seu sexo biológico.

Desta feita, o problema da patologização dos gêneros não conformes ao padrão estabelecido é, claramente, contraditório, ao apresentar-se tanto como a solução para o fornecimento dos cuidados adequados pelo Estado, como para a marginalização do grupo. Conforme afronta Eli Coleman, “gender dysphoria should not be understood as a mental illness, but rather a serious, life-threatening medical condition, because of the high risk of suicide and attempts at self-surgery that untreated individuals face”<sup>97</sup>. De modo que, não se encarando como uma doença mental ou incapacidade, mas, ao contrário, como uma condição especial que exige a atenção e cuidado das instituições, de forma a dar aos indivíduos a dignidade de viver sob a identificação que possuem. Trata-se de o reconhecimento de sua dignidade humana e direito à vida.

Um problema recorrente, principalmente no sistema norte-americano, é a política de “freeze-frame”. Muito criticada e altamente atacada, referida política se baseia no minimalismo promovido pelas instituições prisionais de que o tratamento a ser fornecido aos transgêneros seria aquele essencial para a mera manutenção do tratamento já iniciado por ele antes do encarceramento. Em outras palavras, trata-se de utilizar os meios mínimos necessários para não permitir a regressão do quadro de alteração de sexo, mas, nunca, de progressão e evolução deste.

---

<sup>97</sup> ELI COLEMAN ET AL., **The World Professional Association for Transgender Health, Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People**. Disponível em: <[http://www.wpath.org/site\\_page.cfm?pk\\_association\\_webpage\\_menu=1351&pk\\_association\\_webpage=3926](http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=3926)>.



Por meio dessa ideia, as instituições se isentariam de realizar qualquer cirurgia efetiva de alteração sexual, e sua responsabilidade se restringiria a continuar o que já foi iniciado. No entanto, embora seja o defendido por muitas instituições, não se trata este o caso de concessão dos direitos fundamentais da pessoa ao promover o “congelamento” de seu quadro. Ao contrário, os indivíduos transgêneros que se colocam em situações de alteração de sexo necessitam que esta seja realizada, sob risco de se submeterem a sofrimentos psicológicos e físicos intensos, como se demonstra pelos diversos casos expostos pela doutrina competente.

Freeze-frame policies contradict the medical model rationale that is built into them because in order to receive any sort of treatment, a prisoner must be diagnosed with medical condition, “gender dysphoria”, yet with regard to virtually any other type of medical condition, a person would have a right to receive treatment for a diagnosed condition once in custody, regardless of her ability to pay for or receive that treatment before their confinement.<sup>98</sup>

Assim, as “freeze-frame policies” demonstram, em seu cerne, toda a desigualdade existente entre os transgêneros em relação aos gêneros binários. Mesmo ao se reconhecer sua situação como questão de saúde pública, as condições para que possa obter o tratamento e reconhecimento adequado não são as mesmas em relação às condições de saúde dos gêneros binários. Ao contrário, perpassam por uma série de exigências e requisitos que levem à estrita e última necessidade que a instituição e o Estado precisem intervir e lhes fornecer o devido atendimento.

Esse contexto pode ser transposto para os gêneros indeterminados e todos os não conformes em geral, os quais, para terem seus direitos básicos, como o direito à saúde, necessitam ou de uma série gravosa e dificultosa de provas para tal, ou se colocam na obrigação de se autodenominar na condição de “doentes” para conseguirem ter suas garantias fornecidas<sup>99</sup>. Isso apenas reafirma a evolução e desenvolvimento que ainda se tem a ganhar para que a sociedade reconheça as variações de gênero como iguais, e não os submetam a condições degradantes e humilhantes para que tenham condições, no mínimo, aceitáveis.

---

<sup>98</sup> DUNNAVANT, Tara. **Bye-Bye Binary: Transgender Prisoners and the Regulation of Gender in the Law**. The Federal Courts Law Review, vol. 9, issue 1, 2016, p. 27.

<sup>99</sup> BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. Routledge, New York and London, 2004.

Incorre em grave equívoco o pensamento, muito comum, de que a abordagem de transgêneros deve ser feita de forma igual. Além de não se constituir como verdade, isso é significativamente prejudicial à vida daqueles que não se encaixam sob seu sexo de nascimento.

Cada um necessita de um nível de tratamento e intervenção distintos, não sendo cabível tratar toda a categoria de transgêneros de forma idêntica. A termo de exemplificação, enquanto para alguns a cirurgia de mudança de sexo é totalmente necessária para o seu sentimento de completa identificação do gênero, para outros, esta não é imprescindível – cabendo, muitas vezes, a pura mudança de seu nome social, dentre outros fatores mais brandos.

Nesse sentido, chama-se atenção para a recorrência de exigência, por diversos ordenamentos, que o indivíduo tenha realizado a mudança de sexo para que possa ser reconhecido e tratado pelo seu gênero de identificação. Tal imposição mostra extremamente invasiva e perigosa, por colocar a obrigação de uma mudança tão radical a alguém que não necessariamente se sente à vontade e necessitado de realizar.

Mais uma vez, cai-se no erro da aparência genital para que se classifique o gênero, o que, depois de todo o demonstrado, verifica não ser o fator determinante.

Conquanto os aspectos negativos expostos perante o diagnóstico da não conformidade de gênero, cabe apontar que, no atual contexto social, não há institutos ou garantias suficientes para a proteção de tais indivíduos. Aferindo-se, ainda que não seja o ideal, a necessidade de que o diagnóstico não seja de pronto extinto, visto ser uma das poucas formas atualmente existentes de apoio dado aos gêneros não conformes para sua reafirmação e autoconhecimento, além de ser fundamental para discussões perpetuadas perante a alocação prisional. Em conformidade com o que elucida Judith Butler, “*it cannot be simply disposed of without finding other, durable ways to achieve those same results*”.<sup>100</sup>

### 3.5. O GÊNERO INDETERMINADO E O INTERSEXUALIDADE

*Some transgender people do not identify as men or as women, but as both, neither, or another gender altogether. Transgender people are highly diverse in terms of*

---

<sup>100</sup> BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. Routledge, New York and London, 2004, p. 82.

*sexual orientation, race, religion, class, national origin, age, (dis)ability, body type, and immigration status*<sup>101</sup>.

A nomenclatura e definição dadas para o gênero não binário ou indeterminado são as mais diversas. Alguns os encaixam sob a classificação de transgêneros, outros o assimilam aos intersexuais ou hermafroditas, ou apenas os categorizam em terceira divisão. Independente disso se admite sua particular posição intermediária entre os gêneros existentes na sociedade.

Some people believe that the term intersex should apply only to people with ambiguous genitalia or an unclear gender identity. Others have asserted that intersex should refer only to conditions in which the chromosomes and phenotype are discordant.<sup>102</sup>

Embora se assemelhe aos transgêneros no que diz respeito aos conflitos de discriminação enfrentados, o gênero indeterminado se coloca em situação de particular complexidade. Enquanto que os transexuais buscam o seu reconhecimento em gênero diferente do seu de nascimento, ainda assim intentam enquadrar-se em algum dos gêneros definidos socialmente – o que não ocorre com os gêneros não binários.

O fato de os indivíduos indeterminados não se encaixarem em nenhuma das classificações de gênero, de forma situar-se no meio delas, acaba por dar-lhes uma posição de invisibilidade no âmbito social<sup>103</sup>. E, nesse sentido, apesar de diferentes, faz-se forte comparação ao estado dos intersexuais ou hermafroditas, tendo em vista que estes, da mesma forma que os indivíduos de gênero não binário, afrontam a “dicotomia tradicional do feminino/masculino”<sup>104</sup>:

If the very nature of sex is socially constructed, then classifications that are based on sex are not based on real biological differences. Specifically, prison sex

<sup>101</sup> ARKLES, Gabriel. **Safety and Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation of Transgender People in Detention**. The Dukeminier Awards, 2010, p. 344.

<sup>102</sup> GREENBERG, Julie A. **Intersexuality and the Law: Why Sex Matters**. New York University Press, 2012, p. 12.

<sup>103</sup> “Whereas trans women tend to receive some public if highly stigmatized and problematic attention, transgender men and trans people who do not identify as men or as women are frequently made almost entirely invisible in culture and law” (ARKLES, Gabriel. **Safety and Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation of Transgender People in Detention**. The Dukeminier Awards, 2010, p. 345).

<sup>104</sup> ANTONOPOULOS, Nicole. **The Unconstitutionality of the Current Housing Arrangements for Intersex Prisoners**. Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 42, 2014-2015, p. 433.

classifications and housing assignments are based on societal constructions of sex and broad generalizations of the differences between male and females. In light of precedent, these prison classifications should not be upheld if sex truly is a spectrum.<sup>105</sup>

Os intersexuais se definem como aqueles que nascem com um disformismo sexual, apresentando características biológicas tanto do sexo masculino, quanto do feminino, podendo apresentar esterilidade e o desenvolvimento atrofiado das gônadas de um sexo em detrimento do maior desenvolvimento do outro.

Cultural e historicamente, o modo de atuação na situação dos intersexuais é bastante criticado. Há um grande incentivo por parte dos médicos que seja realizada a cirurgia de adequação do sexo da criança logo cedo – isto é, que seja feita a escolha, pelos pais, do sexo a ser atribuído à criança. O ponto central desse tratamento dado à questão se traduz sobre a definitividade que tal procedimento apresenta, sendo que o portador do dismorfismo não era capaz, à época, de se manifestar sobre sua sexualidade.

A defesa médica pela realização do procedimento tão cedo, se deve, principalmente, sobre o argumento de evitar sofrimento psicológico intenso da criança, ao deparar-se com situação dismórfica e não congruente com qualquer padrão da sociedade<sup>106</sup>. Ainda, assusta a quantidade de casos em que profissionais da saúde incentivam os pais a, nem mesmo, contar aos filhos a real situação deles.

O resultado disso, muitas vezes, é a confusão mental e sofrimento psicológico de diversas crianças e jovens que, sem saber de sua condição originária, se vêem passando por dúvidas e inseguranças. Incluindo-se, ainda, a possibilidade de, não se identificando com o sexo que lhe foi atribuído por meio de operação médica, ter a intenção de retornar ao sexo anterior.

Ainda controverso, pendendo com opiniões a favor e contra o momento antecipado de tais operações, fica claro que a análise do problema, por aqueles que nele se envolvem, é puramente com foco na aparência física do sexo atribuído. É nesse ponto que,

---

<sup>105</sup> ANTONOPOULOS, Nicole. **The Unconstitutionality of the Current Housing Arrangements for Intersex Prisoners**. Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 42, 2014-2015, p. 433.

<sup>106</sup> Remetendo-se nesse ponto, mais uma vez, aos resquícios de uma sociedade baseada no padrão masculino, conforme menciona xxxxx, “reflecting male superiority, seems to animate standard medical protocols for children born with ambiguous genitalia. Even those who are born chromosomal males will be assigned a female label if they lack genitalia deemed adequate for a socially acceptable penis” (APPLETON, Susan Frelich. **Contesting Gender in Popular Culture and Family Law: Middlesex and Other Transgender Tales**. Indiana Law Journal, vol. 80, 2005, p. 415).

diferenciando-se do gênero indeterminado, o intersexualidade é visto como um “defeito físico e biológico”, enquanto que o não binário se coloca como “disfunção psicológica”.

Advém dessa diferenciação o descaso e esquecimento com o gênero indeterminado, por ser visto como algo menos importante, não se classificando como algo físico ou “real”. É quase como se fosse algo inexistente, da cabeça de quem assim se sente. E, pensando assim, pouco se tem dado atenção a esse tema, e, conseqüentemente, quase nenhuma solução se tem consolidada.

O que ainda mantém a controvérsia sobre o gênero indeterminado é a incoerência de classificação dos gêneros pelos sistemas, sendo que, em sua maioria, ainda se baseia pelo sexo biológico ou de nascimento, método este que não leva em consideração qualquer outro fator a não ser o sexo aparente, fundado, principalmente, no órgão sexual. Desconsiderando-se, portanto, todos os outros fatores que compõem a identidade de gênero dos indivíduos, a qual, de modo algum, pode ser determinada apenas por questões biológicas – sendo uma confluência de diversos fatores formadores da personalidade e expressão sexual humana.

Por fim, o ponto central de todo o problema de alocação das diversidades sexuais se traduz sobre a tentativa do poder público e de suas instituições tentarem determinar o gênero dos indivíduos por si só, e não deixá-lo se autodeterminar e ele mesmo definir seu gênero. No momento em que se tenta atribuir um gênero, se deixa de considerar o que a pessoa sente ou como se vê perante a sociedade, e passa a utilizar requisitos e meios formais incompatíveis com a realidade enfrentada.

Se é sabido então que a sexualidade e as performances de gênero são vigiadas e controladas por esses aparelhos estatais, a forma como isso acontece reside na preparação para a vida heterossexual com a docilização do corpo e a domesticação e normalização da sexualidade (afirmando o que se pode e o que não se pode fazer numa ordem social específica) até a repressão e conseqüente disciplinamento dos sujeitos que fogem daquilo que é socialmente considerado moralmente bom.<sup>107</sup>

O modo com que se tem destinado o problema dos gêneros nas prisões e suas impropriedades se baseiam na necessidade que as autoridades tem de ganhar tempo para encontrar alguma solução, mesmo que, para isso, acabem privando os indivíduos de

---

<sup>107</sup> AGUINSKY, Beatriz Gershenson; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cipriani. **Travestis e segurança pública: as performances de gênero como experiências com o sistema e a política de segurança no Rio Grande do Sul.** Textos e Contextos. Porto Alegre, v. 12, n. 1, jan/jun 2013, p. 49.

direitos ou promovendo-lhes tratamento desigual e deteriorante – como é o caso da solitária -, porém, sempre sob o véu da proteção do próprio indivíduo.

E, não havendo qualquer normatização a respeito, enfrenta-se momento de discricionariedade, tanto por parte dos agentes que lidam diretamente com os encarcerados, quanto dos médicos e especialistas da saúde que, fundados na curiosidade e euforia de novos âmbitos, acabam por tomar decisões precipitadas e nocivas ao futuro dos indivíduos.

### 3.6. O GÊNERO NÃO CONFORME NO SISTEMA PRISIONAL

Há de se convir a dificuldade com que se dá a própria definição do gênero que não se encaixa sob o sistema binário. A controvérsia cresce consideravelmente quando aplicada em situações que, por si só, se definem como binárias, como é o sistema prisional.

O foco dado ao sexo e orientação sexual tem fortes consequências a variados ramos da organização das sociedades, incluindo-se como fator de segurança pública e de proteção dos indivíduos a violências e constrangimentos sexuais. Contudo, há que se questionar que tais concepções são totalmente fundadas no modelo heterossexual e binário, visto se basear na presunção de que sexos opostos se atraem<sup>108</sup>, e, por isso, não podem conviver em determinados ambientes de forma conjunta, de modo a se evitar contatos sexuais:

Much of our physical architecture is divided up by sex – male and female – on an implicit presumption of sexual desire between the two. We can see this in many places: bathrooms, locker rooms, dressing rooms, camp cabins, and prisons, for example. [...] An asexual perspective also shows up the extent to which this segregation organizes us around (our presumptive) sexual desire.<sup>109</sup>

Levando-se em conta o avançar das liberdades sexuais e a crescente valorização dos direitos individuais, não cabe elucidar a desconsideração da pluralidade de identidades de gênero, nem mesmo inseri-las em classificações limitantes e restritivas como forma de facilitar soluções, mesmo que inviáveis.

<sup>108</sup> BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. Routledge, New York and London, 2004, pp. 79-80.

<sup>109</sup> EMENS, Elizabeth F. **Compulsory Sexuality**. Stanford Law Review, vol. 66, 2014, p. 357.

Apesar de poucos os casos em pleito no Brasil e no mundo, soma-se fundamental discutir sobre a situação dos gêneros indeterminados em ambientes prisionais, tendo em vista já ser um problema recorrente com relação aos transgêneros. E, mais ainda, dá-se a importância de prévia análise do tema, não se esperando a existência de violações de direitos para, só então, buscar-se a solução.

Aspecto relevante a ser considerado é a questão da privacidade dos encarcerados dentro do ambiente prisional, ponto a ser priorizado na análise da situação dos gêneros não conformes. Isso, pois, em sua particularidade de inconformidade da identificação de gênero em detrimento do sexo biológico, especificamente no que diz respeito ao órgão genital de nascimento, são propícios a violações sobre sua privacidade. Além de, sob as condições precárias dos ambientes prisionais estarem à mercê de exposições sobre seu corpo, frente aos outros encarcerados e perante os agentes prisionais.

A complexidade da questão aqui apresentada abrange a tentativa de alocar indivíduos com características totalmente opostas a todo o sistema de funcionamento das instituições carcerárias. Entretanto, é importante que não se esqueça que o sistema prisional atua em favor da preservação dos direitos fundamentais e integridade da sociedade, e não desvinculada dela. O que muito se desconsidera é que o encarceramento constitui e pertence à sociedade, de forma que é uma continuação desta e merece a cuidadosa análise e controle para que não se crie situação de extrema negação do sentimento de humanidade.

A observação do modo com que a gestão prisional e seus oficiais lidam com os encarcerados, especialmente quando se trata de gêneros não conformes, demonstra a urgência de que se promova a mudança. Quando se lida com o desconhecido, o ser humano, por sua natureza, age por medo e insegurança, o mesmo ocorrendo em relação aos presos que não se inserem sobre o padrão de gênero binário – que representam algo ainda não conhecido e que provoca o estranhamento.

Muitos dos problemas relatados sobre abusos quanto a presos com gênero não conforme ao padrão binário se dão não, apenas, na sua relação com outros encarcerados. Ao contrário, e preocupante, se observa uma elevada ocorrência de abusos por parte dos oficiais, os quais submetem os encarcerados a situações humilhantes, de exposição, rotulando-os de forma segregatória, e, até mesmo, se aproveitando das situações de isolamento para promover outros tipos de violência.

A discussão perpassa, ainda, sobre o gênero dos policiais ou oficiais que lidarão com os detentos, no que diz respeito à preservação da privacidade e dignidade dos

indivíduos no sistema prisional. Essa situação se configura análoga à crítica feita sobre a presença predominante de mulheres no magistério, por reportagem da Super Interessante, de outubro de 2016, “Guerra dos Sexos: Parece coisa do passado, mas pode ser a revolução do futuro. Afinal: meninos e meninas devem estudar juntos ou separados?”. Situa-se sobre dados coletados do Inep, os quais demonstram uma queda do percentual de alunos em comparação ao número de alunas.<sup>110</sup>

Em referido texto, questiona-se a possibilidade dessa mudança de paradigma se dever à carência de “exemplos e estímulos masculinos” para o seu completo desenvolvimento. Contudo, conforme expõe Cristina Kupfer, professora do Instituto de Psicologia da USP, “quem propõe a separação por sexo tem como proposta de ensino uma classe homogênea e, por mais que se tente, não há turmas homogêneas, a não ser que tenham um só aluno”<sup>111</sup>.

Partindo-se dessa ideia pode-se concluir que o problema sobre o gênero não necessariamente se dá sobre a identificação específica do indivíduo, mas sobre como esta é recebida e interpretada pelo meio externo no qual se insere. Sendo necessário para o efetivo funcionamento do sistema prisional a consideração dos indivíduos em suas peculiaridades e características específicas, até para fins de individualização da pena, e não os generalizando por meio de classificações consideradas padronizadas:

Quando uma política atua de forma massificada, desconsidera os indivíduos em si. Isso gera consequências ainda mais intensas sobre indivíduos com características que se afastam das características normalizadas, como os transgêneros, uma vez que a massificação adota como modelo conceitos padronizados, levando a uma dupla vulnerabilidade dos transgêneros apenados.<sup>112</sup>

Outrossim, o ambiente prisional se caracteriza por ser, por si só, um contexto violento em sua natureza. Isso, porém, não se justifica pela sua população carcerária ser

---

<sup>110</sup> FRANZOIA, Ana Paula; MELO, Márcia. **Guerra dos Sexos: Parece coisa do passado, mas pode ser a revolução do futuro. Afinal: meninos e meninas devem estudar juntos ou separados?** Revista Super Interessante, 31 de julho de 2003. Disponível em: < <http://super.abril.com.br/historia/guerra-dos-sexos/> >.

<sup>111</sup> FRANZOIA, Ana Paula; MELO, Márcia. **Guerra dos Sexos: Parece coisa do passado, mas pode ser a revolução do futuro. Afinal: meninos e meninas devem estudar juntos ou separados?** Revista Super Interessante, 31 de julho de 2003. Disponível em: < <http://super.abril.com.br/historia/guerra-dos-sexos/> >.

<sup>112</sup> GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014, p. 27.



altamente perigosa, mas pelo seu próprio caráter de privação de direitos e por ser ambiente de alto controle.

Foucault afirma consistir a prisão em sistema de “reformatório integral”, sendo um de seus princípios fundamentais o isolamento. Apregoa-se uma segregação dos condenados em relação mundo exterior, de forma que, a instituição prisional, como um todo, possa “exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total”.<sup>113</sup>

Consiste em falácia a alegação de que a população encarcerada é altamente violenta, e, por isso, os abusos ocorridos no interior das instituições. Em verdade, se tratam de pessoas marginalizadas, normalmente componentes de minorias sociais, e que, muitas vezes, como é o caso dos presídios brasileiros, não foram nem mesmo condenados<sup>114</sup>.

É relevante levar em consideração o fato de ser ambiente altamente restritivo de direitos, liberdades e privacidades, com a aglomeração de diversos grupos em mesmo local, confinados. No mínimo, é propício para a ocorrência de conflitos.

O que se mostra preocupante é o papel dos oficiais e agentes em todo esse sistema. Falta-lhes condições de trabalho e o devido preparo e treinamento para lidar com as adversidades de um ambiente altamente controlado. Ainda mais no que condiz às diversidades sexuais, está mais do que comprovado a sua falta de informação para enfrentar tais conflitos.

Conforme casos acompanhados pessoalmente como advogado, Gabriel Arkles relatou a percepção de que “*staff also often encourage gender-based violence. For example, one transgender women cliente I worked with was “sold” by a correctional officers as a forced prostitute with whom male prisoners could have sex. Another was stabbed by another prisoner in a shower, while a correctional officer looked on and smiled*”<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, pp. 222-223.

<sup>114</sup> ARKLES, Gabriel. **Safety and Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation of Transgender People in Detention**. The Dukeminier Awards, 2010, p. 347.

<sup>115</sup> ARKLES, Gabriel. **Safety and Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation of Transgender People in Detention**. The Dukeminier Awards, 2010, p. 353.

## 4. O ENFRENTAMENTO NO DIREITO COMPARADO

### 4.1. ESTADOS UNIDOS

Os Estados Unidos tem enfrentado graves problemas sobre a alocação e tratamento de detentos com variações de gênero fora do padrão binário. Altamente criticado, o país tem se baseado, na maioria de seus estados, sobre o aspecto do sexo aparente para inserção dos indivíduos nas instituições carcerárias, o que tem gerado consequências massacrantes sobre o respeito da integridade física e dignidade humana.

A base do conflito se apoia sobre as excessivas divergências existentes na doutrina e jurisprudência do país para determinação do sexo dos indivíduos, condizente com o que defende Paisley Currah:

Thus, instead of the slow development of a jurisprudence that leads to one common definition of sex, courts in individual states have developed their own criteria, criteria which are often inconsistent with those of other, even neighboring states, and which, read together, have created a condition of epistemological chaos around sex and gender in these United States.<sup>116</sup>

Como forma de solucionar o impasse, os estados norte-americanos tem buscado a utilização recorrente da segregação de presos, os quais tem seu direito à igualdade totalmente cerceado. Além de se promover uma injusta punição dos indivíduos pelo mero motivo de sua orientação sexual ou identidade de gênero não compatível como o modelo binário.

Foi nesse sentido que, em 2010, a Associação Americana da Ordem dos Advogados (American Bar Association – ABA) emitiu uma lista de princípios e diretrizes para o tratamento de detentos que apresentam algum tipo de não conformidade de gênero ou sexualidade. A sua finalidade principal foi a de solução de conflitos e problemas de abusos dentro das instituições, especialmente aquelas com base no gênero.

Por meio de referido documento, a Associação reconheceu a necessidade, muitas vezes, da alocação segregacionista de tais minorias, de forma a promover sua proteção. Contudo, aventou a necessidade de que tais decisões sejam feitas com excessiva cautela e

---

<sup>116</sup> CURRAH, Paisley. **The Transgender Rights Imaginary**. The Georgetown Journal of Gender and the Law, vol IV, 2002-2003, p. 712.

em contextos, na medida do possível, não tão restritivos – de modo que deixe de representar uma punição extra ao indivíduo, mas efetivamente uma proteção à sua integridade e dignidade. Por isso, a Associação defendeu a necessidade de revisão da alocação a cada três meses, no sentido de avaliar se os fins almejados estão sendo atingidos.

As diretrizes elaboradas fundamentam-se na necessidade de que os oficiais e autoridades em contato direto com o processo de alocação e endereçamento dos presos atuem na análise de caso a caso, reconhecendo a particularidade de cada situação e da atribuição de sua solução de forma individualizada. Sempre preferindo pela determinação que valorize e defenda a saúde e segurança do detento<sup>117</sup>.

Cabe citar, ainda, duas diretrizes estabelecidas pelo documento, especificamente sobre os transgêneros. Segundo o Standard 23-6.13, “*a prisoner diagnosed with gender identity disorder should be offered appropriate treatment*”. Ademais, faz-se referência ao Standard 23-7.9, o qual estabelece que, a realização de revistas sobre presos transgêneros deve se dar com base em “*whatever has been chosen as a prisoner’s designated gender for other purposes, such as housing*”<sup>118</sup>.

Mesmo assim, há estados como Idaho em que a evolução dos direitos dos gêneros não conformes se mostra inicial e pouco desenvolvida. A discrepância aumenta ainda mais quando se tratam de ambientes rurais, comunidades comumente mais fechadas e menores, que dispõem de um reduzido número de recursos para o atendimento das necessidades das variantes do gênero<sup>119</sup>.

## 4.2. ÍNDIA

A Índia apresenta legislação marcadamente abrangente, não sendo caracteristicamente restritiva e limitante<sup>120</sup>. Um exemplo disso é o Ato do Casamento Hindu, de 1955, o qual define casamento como firmado a qualquer pessoa que é da religião

<sup>117</sup> American Bar Association Criminal Justice Standards, 2010. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal\\_justice\\_section\\_newsletter/crimjust\\_policy\\_midear2010\\_102i.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_policy_midear2010_102i.authcheckdam.pdf)>.

<sup>118</sup> American Bar Association Criminal Justice Standards, 2010. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal\\_justice\\_section\\_newsletter/crimjust\\_policy\\_midear2010\\_102i.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_policy_midear2010_102i.authcheckdam.pdf)>.

<sup>119</sup> ANDERSON, Robert. **Way Out West: A Comment Surveying Idaho State’s Legal Protection of Transgender and Gender Non-Conforming Individuals**. Idaho Law Review, vol. 49, 2012-2013.

<sup>120</sup> CHOWDHURY, Dipayan; TRIPATHY, Atmaja. **Recognizing the Right of the Third Gender to Marriage and Inheritance Under Hindu Personal Law in India**. BRICS Law Journal, vol. III, issue 3, 2016, p. 52.

Hindu, e suas diversas formas e desenvolvimentos<sup>121</sup>. A partir disso, não delimita que o casamento deve ocorrer entre homem e a mulher, por exemplo, como acontece na legislação brasileira – o que provoca maiores dificuldades no reconhecimento e legitimação de situações divergentes.

O próprio caráter da legislação hindu exige que o Judiciário e os outros poderes tenham que ser inclusivos em suas elucidações, devendo considerar atos legais aqueles que estão em acordo com os preceitos e objetivos da cultura e religião.

Therefore, the stipulation of the meaning of gender-relevant terms in the Hindu Marriage Act and such allied laws would essentially give effect to the words of the Constitution itself, which has recognized the inclusion of third gender within the discriptive “sex” of Article 14. Thus, a third gender individual may be validly permitted to assume the role of a “husband” or a “wife” as to the extent that the fulfilment of the essentials of valid Hindu marriage is concerned.<sup>122</sup>

Outrossim, aclarar-se-á a existência de um terceiro gênero reconhecido na Índia, denominado como *Hijras*. São definidos como indivíduos que não se encaixam sob as classificações binárias, não se definindo nem como masculino, nem como feminino, inclusive podendo apresentar uma confusão relativa aos fatores biológicos e anatômicos na atribuição do seu sexo.

Historicamente, os *Hijras* foram brutalmente renegados e criminalizados, por sua identificação sexual ser considerada promíscua e ser passível de punição<sup>123</sup>. No entanto, em 2015, a Suprema Corte Indiana, na decisão do caso *National Legal Services Authority v. Union of India and Ors.*, reconheceu a existência de um terceiro gênero, com seus respectivos direitos atribuídos, como direito a voto, à educação, ao casamento, ao recebimento de herança e à adoção<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Marriage “to any person who is Hindu by religion in any of its forms or developments” (S. 2(1)(a), Hindu Marriage Act, 1955).

<sup>122</sup> CHOWDHURY, Dipayan; TRIPATHY, Atmaja. **Recognizing the Right of the Third Gender to Marriage and Inheritance Under Hindu Personal Law in India**. BRICS Law Journal, vol. III, issue 3, 2016, p.55.

<sup>123</sup> CHOWDHURY, Dipayan; TRIPATHY, Atmaja. **Recognizing the Right of the Third Gender to Marriage and Inheritance Under Hindu Personal Law in India**. BRICS Law Journal, vol. III, issue 3, 2016, p. 48.

<sup>124</sup> CHOWDHURY, Dipayan; TRIPATHY, Atmaja. **Recognizing the Right of the Third Gender to Marriage and Inheritance Under Hindu Personal Law in India**. BRICS Law Journal, vol. III, issue 3, 2016, p.50.

Portanto, o reconhecimento da possibilidade de casamento dos *Hijras* levou ao consequente reconhecimento de toda sua representatividade na sociedade e dos gêneros não conformes ao sistema binário. Ao reconhecer-lhes capazes de participar de tal ato civil, admitiu a sua personalidade jurídica para diversos outros fins, e abriu portas para que a não binariedade possa ser conhecida.

### 4.3. AUSTRÁLIA

O Ato de Discriminação Sexual australiano, de 2013, promoveu o reconhecimento de uma variedade de vieses sexuais na sociedade. Contudo, o fato de não abranger todos leva a situação desfavorável de não reconhecimento aos grupos não citados diretamente pela norma. Nesse aspecto, cita-se Theodore Bennett:

This focus on protecting all groups within society from discrimination, rather than just minority groups with histories of oppression, is reflected more broadly in Australian anti-discrimination laws around sex and race which are not formally restricted in their application to certain sexes or certain races. As a result, the inability to demonstrate a substantial risk of actual discrimination has not been a bar to legal protection from discrimination within the Australian context.<sup>125</sup>

O aspecto restritivo e omissivo do ordenamento australiano recebeu importante contribuição em 2014, com o julgamento do caso *New South Wales Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*<sup>126</sup>. O conflito apresentado se deu sobre pedido de Norrie pelo seu registro em documentos oficiais com o gênero “não específico”, de forma a eximi-lo da classificação binária do masculino e feminino, na qual alegava não se identificar.

A conclusão da Corte se deu no sentido de que era cabível e possível que o sujeito fosse registrado sob a caracterização não específica, tendo em vista que não são todos que se encaixam sob a divisão binária dos gêneros. Apesar disso, não consiste esta uma evolução constante e padronizada nos diversos vieses do ordenamento australiano.

---

<sup>125</sup> BENNETT, Theodore. **Orientations and ‘Deviations’: Sexuality in Anti-Discrimination Law**. Monash University Law Review, vol. 42, n. 1, 2016, p. 29.

<sup>126</sup> (2014) 250 CLR 490 (*NSW Registrar v Norrie*).

However, whilst the general trend of recent developments in Australia is to move beyond the male/female binary, different areas of law and the binary by recognising a ‘third’ sex, others by recognising multiple additional sexes and others by de-emphasising the use of sex as an identification category altogether.<sup>127</sup>

Percebe-se no ordenamento australiano e na forma com que suas instituições lidam com as variações sexuais e de gênero, três abordagens distintas do problema. A primeira delas é a criação de uma classificação de terceiro gênero, fora do escopo do masculino e feminino. Essa possibilidade é exatamente a solução acatada pelo caso em referência, visto criar uma terceira categoria para aqueles que não se encaixam na binariedade.

Outra forma de ver o problema se traduz no reconhecimento da existência de múltiplos sexos e identidades, não se restringindo à consolidação de apenas três categorias. Essa concepção é muito criticada pelo fato de não ser possível determinar a quantidade ou definir todas as variações existentes, podendo causar o efeito não desejado de não reconhecimento.

If a pluralist model committed Australian law and policy to recognising each and every such idiosyncratic form of sex identification it would quickly descend into incoherence, and yet there would need to be a compelling and principled basis for extending legal recognition to some sex identifications and not others.<sup>128</sup>

Por fim, fala-se na tentativa de “desenfatização” do sexo na sociedade, no sentido de que o sistema evolua para que não se precise determinar o gênero do indivíduo para posicioná-lo em seus deveres e direitos. Isso consiste em requerimento do Governo australiano, como diretriz para a atuação das instituições, além de recomendação da Comissão Australiana de Direitos Humanos, no sentido de que, onde possível, o gênero e sexo devem ser removidos dos formulários e documentos públicos.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> BENNETT, Theodore. ‘No Man’s Land’: Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy. UNSW Law Journal, vol. 37, 2014, p. 848.

<sup>128</sup> BENNETT, Theodore. ‘No Man’s Land’: Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy. UNSW Law Journal, vol. 37, 2014, p. 861.

<sup>129</sup> Australian Human Rights Commission. Sex Files: The Legal Recognition of Sex in Documents and Government Records (2009).

#### 4.4. NEPAL

Em 2007, a Suprema Corte do Nepal proferiu decisão que alterou os rumos da sexualidade e gênero no país. Por meio do caso *Pant v. Nepal*<sup>130</sup>, a Corte promoveu o reconhecimento de direitos a todas as minorias sexuais e de gênero no país.

Além disso, o fato impulsionou o posicionamento público no sentido do estabelecimento de um terceiro gênero, que passou a ser incluído, ainda que de forma gradual, nos diversos âmbitos do poder público. Em documentos oficiais, o termo a ser utilizado para representação desse grupo é *anya* (outro).

Consoante explanado por Michael Bochenek e Kyle Knight:

While thorough academic research on Nepal's third gender category is lacking, among the explanations for its local culture relevance are: the historical presence and, thus, contemporary cultural acknowledgment of gender-variant people such as *hijras*; the local religious traditions containing important third gender (non-male/female gender performing) characters; and the intense media focus on the violence against gender-variant people as the contemporary sexual and gender minority rights movement emerged in Nepal.<sup>131</sup>

Por conseguinte, referida decisão representou ao Nepal uma evolução exorbitante sobre o reconhecimento das diversidades de gênero e sexuais. Mais importante ainda, elucidou não apenas a sua denominação em documentos oficiais e perante aspectos formais, mas reconheceu que sua classificação deve ser feita pela autoidentificação do indivíduo, não cabendo fator externo defini-lo como tal.

The Nepal Supreme Court's definition of third gender situated it as a minority encompassing a broad range of identities. However, the court did

---

<sup>130</sup> *Pant v. Nepal*, Writ No. 917 of the Year 2064 BS (2007 AD). Disponível em: <<https://www.gaylawnet.com/laws/cases/PantvNepal.pdf>>.

<sup>131</sup> BOCHENEK, Michael; KNIGHT, Kyle. **Establishing a Third Gender Category in Nepal: Process and Prognosis**. *Emory International Law Review*, vol. 26, 2012, p. 15.

make clear that the sole criterion for being legally recognized as third gender was based on individual “self-feeling”.<sup>132</sup>

À vista disso, uma série de mudanças está se sucedendo no ordenamento do Nepal, com fins ao crescente e oficial reconhecimento do “terceiro gênero”, incluindo-se a elaboração de nova redação da Constituição, que será seguida por alterações no âmbito da legislação civil e criminal.<sup>133</sup> Demonstrando-se a incorporação pelos meios oficiais da fundamental ruptura com o aspecto binário tradicional da sociedade.

#### 4.5. ISRAEL

Em Israel, apresenta-se situação em que não há qualquer resolução sobre o problema, tanto de alocação quanto de reconhecimento de identidades não conformes ao modelo binário, essencialmente no que diz respeito aos transgêneros.

Primeiramente, sob o caso Israel v. Shani Mensi<sup>134</sup>, em 2010, o país se viu perante um problema não previamente relatado oficialmente. A forma com que se tratou, contudo, foi consideravelmente preocupante, haja vista não ter dado foco ao problema do reconhecimento em si, mas ter tornado seu cerne a discussão sobre as violências sofridas no âmbito prisional como inerentes ao próprio meio do encarceramento.<sup>135</sup> Provocou, portanto, um sentimento de normalidade sobre a situação.

Um caso emblemático na discussão dos transgêneros dentro das instituições prisionais é Ponit (Roe) v. Israel<sup>136</sup>. Por intermédio deste, questionou-se a alocação de “Roe” em isolamento devido à sua condição de transgênero representar um risco a ela dentro da instituição. Vendo-se sob complexa situação, a Suprema Corte decidiu pela redução da pena de Roe, não atacando a política em si – isto é, buscou a mera resolução momentânea do conflito, não representando ganho efetivo à controvérsia dos gêneros na sociedade.

---

<sup>132</sup> BOCHENEK, Michael; KNIGHT, Kyle. **Establishing a Third Gender Category in Nepal: Process and Prognosis**. Emory International Law Review, vol. 26, 2012, p. 30.

<sup>133</sup> BOCHENEK, Michael; KNIGHT, Kyle. **Establishing a Third Gender Category in Nepal: Process and Prognosis**. Emory International Law Review, vol. 26, 2012, p. 41.

<sup>134</sup> CrimA(TA), 10-09-20413 Israel v. Shani Mensi, PM (2010) (1sr.).

<sup>135</sup> YONA, Lihi. **Keepin’ It “Real”: Israel’s Segregation of Transgender Prisoners and the Transgender/Cisgender Binary**. Buffalo Journal of Gender, Law and Social Policy, vol. XXIV, 2015-2016, p. 52.

<sup>136</sup> CrimA 5833/12 Roe v. Israel (Sep. 12, 2013).



#### 4.6. ALEMANHA

Em 2013, a Alemanha criou a possibilidade de registro da certidão de nascimento, além das opções masculino e feminino, deixando-se espaço do gênero em branco – representando a não inserção no padrão binário.<sup>137</sup>

Tendo sido um dos primeiros países da Europa a reconhecer a variação de gênero, muitos criticaram o ato, considerando-o ínfimo em comparação com a complexidade em que se inserem o gênero não binário e os intersexuais. Além disso, alegou-se não terem ficado claros os impactos provenientes de tal ação para os diversos campos do direito especialmente em relação ao casamento e leis de união estável, por exemplo<sup>138</sup>

Embora não tenha dado qualquer definição da posição social dos gêneros não conformes, há que se convir que representa um encaminhamento ao reconhecimento legal dos gêneros fora do padrão binário. A partir disso, então, facilita-se uma série de outras mudanças, visto que o reconhecimento oficial já se iniciou, de uma forma ou de outra.

O simples fato de não ser obrigatório se encaixar na dicotomia feminino/masculino já representa um grande avanço para um mundo em que essa é a realidade.

#### 4.7. NOVA ZELÂNDIA

A Nova Zelândia, desde 2012, criou a possibilidade de alteração de passaportes, com o fim de identificação de gênero “X”, como alternativa ao gênero feminino (“F”) e masculino (“M”), de forma semelhante ao que foi proposto na Alemanha. Contudo, para a possibilidade de alteração da certidão de nascimento, deve ser proposta ação perante a Corte de Família da Nova Zelândia, para possível autorização – esta, sendo baseada em análise do Tribunal se o indivíduo realmente se identifica como tal, e, se ao mudar sua identificação, irá mantê-la alterada e não mudará de “ideia” sobre seu gênero.<sup>139</sup>

<sup>137</sup> “Germany allows ‘indeterminate’ gender at birth”, 1 nov. 2013, BBC News. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-24767225>>.

<sup>138</sup> “Germany allows ‘indeterminate’ gender at birth”, 1 nov. 2013, BBC News. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-24767225>>.

<sup>139</sup> BOCHENEK, Michael; KNIGHT, Kyle. *Establishing a Third Gender Category in Nepal: Process and Prognosis*. Emory Law Review, vol. 26, 2012, p.28.

Além disso, é relevante acrescentar que, para a mudança para o gênero “X”, não é necessário ter sido feita a mudança de nome. Embora outras análises possam ser feitas para aferir a certeza da alteração.

Nesse sentido, o próprio site do governo indica os requisitos para alteração do “sexo/identidade de gênero” no passaporte, podendo-se colocar a opção “X”, para o gênero “indeterminado ou sem especificação”. Além disso, define que:

This new passport policy has no effect on the Births, Deaths and Marriages and Relationships Registration Act 1995 which allows for an adult or guardian of an eligible child to apply to the New Zealand Family Court for a declaration to have their birth record reflect their nominated gender.<sup>140</sup>

É perceptível que se trata de um reconhecimento restrito e ainda pequeno, de modo que abrange apenas parcela da vida dos indivíduos, deixando diversas outras áreas ainda sem definição. Cita-se, por fim, à exigência que o governo faz de comprovação do tempo em que a pessoa já se manteve sobre o sexo ou gênero atual (ou seja, o gênero do qual se quer mudar).<sup>141</sup>

## **5. A SOLUÇÃO DO PROBLEMA**

### **5.1. A UNIÃO ENTRE MOVIMENTOS**

Em momento de crescente visibilidade das diversidades sexuais e o afloramento das diferentes expressões de gênero, atinge-se o impasse da possibilidade de união entre o movimento dos gêneros não binários em relação a outros que já estão, de certa forma, consolidados – de forma a auxiliar o seu reconhecimento.

No entanto, tal ideia é recorrentemente rechaçada pelos movimentos sexuais, os quais relutam em assumir para si a responsabilidade e inclusão de o problema de um novo grupo. Isso é demonstrado pela própria evolução do movimento de lésbicas, gays,

---

<sup>140</sup> NEW ZEALAND GOVERNMENT. Information about changing sex/gender identity. Disponível em: <<https://www.passports.govt.nz/what-you-need-to-renew-or-apply-for-a-passport/information/>>.

<sup>141</sup> NEW ZEALAND GOVERNMENT. Information about changing sex/gender identity. Disponível em: <<https://www.passports.govt.nz/what-you-need-to-renew-or-apply-for-a-passport/information/>>.

bissexuais e transexuais, o qual, em sua origem, era composto apenas pela homossexualidade. Traçou-se todo um caminho para que se atingisse o reconhecimento do movimento dos transexuais e bissexuais dentro deste, com o temor de que tal apropriação levasse ao enfraquecimento dos poucos ganhos do movimento como um todo.

Tal dificuldade de união entre movimentos se mostra, também, sobre a apropriação do movimento feminista dos empasses enfrentados pelo reconhecimento dos gêneros em geral:

They may have made it difficult for feminists to see gender normalization as “their” issue when it is not combined with the subordination of women. It may be difficult for queer advocates to be mobilized by subordination if it is not coupled with strong normalizing influences. One can imagine that the growing rhetorical and strategic distance between these two forms of discourse about gender and sexuality has made alliances seem difficult or at least nonobvious.<sup>142</sup>

Ademais, a contrariedade a tais apropriações se funda, também, sobre o receio de que se perca a identidade de gênero do grupo, e se perca o caminho da luta em desenvolvimento. Julie Greenberg demonstra a não simplicidade do tratamento de tal assunto, tendo em vista que *“the harms suffered by people with an intersex condition, women, gays, lesbians, and transsexuals are not identical and cannot be easily subsumed under one umbrella”*. A autora refere-se ainda, ao fato de que, cada vez que uma organização expande sua abrangência, pode se tornar mais difícil que consiga alcançar seus objetivos principais, ainda mais com base nos escassos recursos disponíveis.<sup>143</sup>

No entanto, embora tais dificuldades realmente se configurem na união entre os movimentos, há que se considerar a força com que se apresentaria uma luta em sentido único<sup>144</sup>. Não se fala aqui de mesclar seus objetivos ou provocar o desaparecimento das identidades individuais entre os gêneros. Trata-se, contudo, de elucidar a necessidade de mudança do foco entre os movimentos, para um assunto central: a busca pela igualdade de

<sup>142</sup> ABRAMS, Kathryn. **Elusive Coalitions: Reconsidering the Politics of Gender and Sexuality**. 57 UCLA Law Review, 2009-2010, p. 1144.

<sup>143</sup> GREENBERG, Julie A. **Intersexuality and the Law: Why Sex Matters**. New York University Press, 2012, pp. 105-106.

<sup>144</sup> “Feminist legal theory likewise can, should, and must begin to include “sexual orientation” more consciously within its discourse. Through mutual collaboration, the depth and scope of Queer/Feminist legal critiques can help to expand both Queer and Feminist consciousness while advancing the legal and social interests that are important to each and common to both under conflationary traditionalism” (VALDES, Francisco. **Afterword and Prologue: Queer Legal Theory**. California Law Review, vol. 83, 1995, p. 373).

gênero e liberdade dos indivíduos como um todo, independente de que tipo de expressão específica se está buscando.

Dá-se foco, então, no objetivo comum que todos os vieses da luta de gênero tem e devem ter, na busca da redução das desigualdades e discriminações, retirando-se o foco sobre as divisões e classificações dos gêneros – como se apresenta a sociedade atual. Sendo assim, o que se argumenta é a mudança de legitimação dos movimentos não sobre orientações e identidades específicas, mas no sentido da quebra da binariedade de gênero como um todo na sociedade.

## 5.2. IMPLEMENTAÇÃO DO TERCEIRO GÊNERO

Há discussão crescente quanto à implementação de uma nova categoria de gênero, no sentido de abranger maior diversidade de manifestações. Entretanto, não é consoante como esta deve ocorrer.

Alguns defendem a criação de um terceiro gênero, o qual se colocaria como indeterminado, abarcando todos aqueles que preferem ou não se sentem à vontade de se encaixarem no gênero feminino, nem masculino especificamente<sup>145</sup>.

Apesar da aparência de que a criação de um terceiro gênero solucionaria o problema de uma vez por todas, não é o que realmente acontece. Ao se criar tal classificação, não se está resolvendo o empasse do excesso de classificações presentes na sociedade, sistema esse que levou à discriminação excessiva daqueles que nele não se encaixam.

Com a elaboração de uma nova classe, talvez se esteja apenas adiando a resolução definitiva da questão, até que se ascendam outros tipos e novas expressões de gênero, e representam, novamente, classes excluídas da sociedade e suas instituições.

Há que se acrescentar, ainda, que, ao se estabelecer uma terceira categoria de gênero, de forma a generalizar os outros que não se encaixam na divisão binária, se está, mais uma vez, reafirmando a força da binariedade e de seus preconceitos. Referida classificação se daria mais como uma aglomeração de grupos que não são “nem feminino, nem masculino”, e, portanto, não se encaixam.

---

<sup>145</sup> BENNET, Theodore. ‘No Man’s Land’: Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy. UNSW Law Journal, vol. 37, 2014, pp. 855-859.

Além de que proporia uma generalização de diversas identidades, não necessariamente compatíveis entre si, em uma mesma categoria, como se iguais fossem. Não se promovendo, assim, qualquer evolução sobre o reconhecimento das identidades. Aliás, o efeito seria o oposto: o de segregação e isolamento daqueles que não se encaixam na classificação binária<sup>146</sup>.

No que diz respeito ao sistema prisional, a criação de um terceiro gênero não proporia uma solução efetiva para o empasse. Embora quebrasse a dicotomia entre o masculino e o feminino, apenas se estaria criando uma terceira divisão carente de endereçamento. Há que se ter em mente que não se trata apenas de “nomear” um grupo, mas de fornecer-lhes todos os direitos fundamentais, dignidade e garantias que lhe carecem no sistema atual.

Outrossim, a demanda que se apresenta no caso dos gêneros indeterminados, não se trata apenas de garantir-lhes acomodação, mas também de reconhecer sua individualidade, de forma a não lhes forçar à classificação limitante – algo que, pela própria natureza do não binário, é impossível. Cuida-se de dar-lhes o respeito como ser humano, e deixar de promover a classificação excessiva que promove a exclusão dos gêneros.

Whenever the law currently allows for men and women to be treated differently, despite the general prohibition on discrimination on the grounds of sex, the law would need to be rewritten to take account of this third category, and across societies measures would be required to adjust to this new legal framework.<sup>147</sup>

### 5.3. SEGREGAÇÃO

A segregação tem representado a solução ao problema da não conformidade de gênero por muitos ordenamentos, especialmente nos Estados Unidos. Apesar disso, está mais do que demonstrado, por todo o discutido e pelas experiências norte-americanas, que tal solução se mostra totalmente inviável sob o ponto de vista a longo prazo.

<sup>146</sup> BENNET, Theodore. ‘No Man’s Land’: Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy. UNSW Law Journal, vol. 37, 2014.

<sup>147</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. **Controlling Bodies, Denying Identities: Human Rights Violations Against Trans People in the Netherlands** 80 (2011). Disponível em: <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/netherlands0911webwcover.pdf>>.

Não se mostra em nada justo e adequado submeter pessoa a isolamento, puramente por sua orientação sexual ou identificação de gênero distinta da que lhe seria esperada por seu sexo de nascimento. Se assim o fizer, estar-se-á punindo o indivíduo por quem ele é, e não por alguma infração que tenha cometido.

A natureza humana exige, para seu desenvolvimento saudável, o contato e convívio em sociedade. Apesar de ser algo controlado e reduzido no ambiente carcerário, em nenhum modo pode ser algo a ser privado totalmente ao preso – a não ser, e ainda assim sob certas objeções da doutrina, em casos estritamente necessários. Não sendo de todo cabível a aplicação de tais preceitos aos gêneros não conformes ao padrão binário.

O contato e assimilação entre os encarcerados se mostra fundamental para a sua possível ressocialização à sociedade após o fim de cumprimento de sua pena, por manter-se em desenvolvimento de suas capacidades psicológicas de relacionamento externo. De modo algum se demonstra ser saudável o isolamento dos indivíduos, os quais, inclusive, são extremamente prejudicados de diversas formas com isso. Há diversos estudos que demonstram os efeitos negativos que o uso de solitárias provoca ao longo do tempo no psicológico e emocional do ser humano, podendo, em muitos dos casos, impossibilitá-lo de retornar ao seu estado normal e saudável.

Ainda, no caso específico das diversidades sexuais e de gênero, a socialização dentro das instituições carcerárias é primordial para o apoio e proteção contra discriminações, havendo diversos relatos em que se defendem, até mesmo, de violências por parte dos oficiais responsáveis:

The centrality of community-building in creating safety from violence is too often forgotten, not only by detention agencies and courts, but also at times by advocates and scholars. Means for creating community and building positive relationships must be a central consideration in developing ways to reduce violence against TIGNC<sup>148</sup> people in detention.<sup>149</sup>

A contribuição recíproca se dá, inclusive, como forma de reafirmação de suas identidades, e na autodeterminação daqueles que ainda se encontram em situação de

---

<sup>148</sup> TIGNC como grupo que abarca “transgender, intersex, and gender nonconforming people” (ARKLES, Gabriel. **Safety and Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation of Transgender People in Detention**. The Dukeminier Awards, 2010, p. 346).

<sup>149</sup> ARKLES, Gabriel. **Safety and Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation of Transgender People in Detention**. The Dukeminier Awards, 2010, p. 346.

incerteza sobre sua personalidade e sexualidade. Fatores estes importantes para a sobrevivência humana, e na propagação da não discriminação<sup>150</sup>.

Ainda nesse sentido, cogita-se a possibilidade de criação de uma ala ou instituição destinada exclusivamente aos gêneros não conformes.

#### 5.4. CRIAÇÃO DE UMA ALA SEPARADA

A alocação dos indivíduos em acordo com o seu gênero que se identifica é fundamental e o mínimo que se pode fazer para preservação do princípio da igualdade e da integridade.

No entanto, no caso dos gêneros indeterminados isso se mostra uma manutenção do problema, tendo em vista não se identificarem com nenhuma das classificações sexuais disponíveis. E, por isso, a proposição da criação de uma ala separada.

Essa alocação possibilitaria uma identificação literalmente indeterminada do gênero, de modo que não ele não precise se caracterizar sob a dicotomia binária para ter seus direitos garantidos. Além disso, resolveria a questão do isolamento, aplicado por muitos países, visto que não seria dada uma distinção de tratamento de acordo com a identidade sexual. Ao contrário, ao indivíduo é possibilitado o cumprimento padrão da sua pena, sem que seja mais limitado ou colocado sob condições mais extremas por sua situação de gênero.

Para que ocorra, mas não de forma indiscriminada e sujeita ao aumento de violências, deve ser promovida uma análise prévia com médicos e psicólogos especializados, com os fins de identificação da não conformidade de gênero. Contudo, deve-se tomar extremo cuidado com tais procedimentos, de forma a não se tratar da análise patológica, e, sim, do mero reconhecimento que a expressão de gênero do indivíduo realmente não se encaixa sob o modelo binário.

Essa solução deve ser aliada ao acompanhamento mais severo sobre a relação entre detentos e oficiais, além de promover um maior controle sobre as condições existentes no

---

<sup>150</sup> “It is intended, however, to suggest that without taking into account the role that community, positive relationships, and solidarity among prisoners can play in decreasing violence and increasing safety, the legal system and advocates can create policies and practices that inadvertently further violence often at the precise moments when we are seeking to prevent it” (ARKLES, Gabriel. **Safety and Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation of Transgender People in Detention**. The Dukeminier Awards, 2010, p. 359).

interior das instituições – principalmente sobre questões de gênero e sexo. Sem esquecer de que se deve promover a educação e treinamento muito maiores sobre os que lidam com a população carcerária, e que, atualmente, carecem de informações e de orientações sobre a forma que devem agir nas variadas situações.

Por fim, devendo-se valorizar o direito de personalidade do ser humano, o qual preconiza a valorização da autoafirmação e expressão pessoal em relação ao ambiente externo em que se inserem.

Claro que, em momento de já desenvolvidas condições de reconhecimento do gênero não binário, se deve apregoar por um modelo de desestigmatização dos gêneros. Isto é, buscando-se uma sociedade desvencilhada dos parâmetros identitários, na forma em que tais características não limitem ou condenem os indivíduos a determinado tipo de tratamento ou outro diferenciado. Entretanto, essa realidade ainda está longe de ser percebida, pelo menos por enquanto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre a questão não binária perpassa, basicamente, a oposição entre o âmbito público e privado da controvérsia. Tem muito a ver com o efeito da classificação do gênero perante a sociedade, e diante do que isso representaria no âmbito privada. Pecando-se ao colocar em segundo plano a relevância de tal reconhecimento para o âmbito privado, individualmente considerado:

Instead, with respect to the state, it argues for large-scale reclassification, insisting that, to the extent that the state adopts a theory of the body, it must truly group oranges with oranges; that is to say, sex classifications must be premised not on biology but on self-identified gender.<sup>151</sup>

A referência feita aos casos de transgêneros e intersexuais, mesmo que distintos do gênero não binário, se deu no sentido de comparações quanto a um problema comum a todos: a oposição à classificação binária feminino/masculino. Sobre isso, Susan Appleton constata que:

---

<sup>151</sup> EZIE, CHINYERE. **Deconstructing the Body: Transgender and Intersex Identities and Sex Discrimination – The Need for Strict Scrutiny**. Columbia Journal of Gender and Law, 2011, p. 178.



Although transsexuals and intersexed persons arguably complicate the ordinary concepts of sex and gender in different ways, in the final analysis both demonstrate that multiple factors contribute to “maleness” and “femaleness” – inviting the possibility that one person might have attributes from both categories and defying an immutable either/or approach to classification.<sup>152</sup>

O que se nota é a omissão do Estado nos âmbitos de proteção dos indivíduos não conformes, de forma a não lhes garantir direitos fundamentais e condições de dignidade mínimas. Enquanto que, por outro lado, quando se tratam de situações de risco, ou de “manutenção da segurança pública”, o Poder Público dá excessivo foco em tais grupos, visando-os como possíveis causadores da perturbação.<sup>153</sup>

Nesse sentido, mostra-se de considerável importância o papel da linguagem legislativa, desde o Poder Constituinte, na delimitação dos conteúdos e termos a serem aplicados sobre os gêneros não conformes. A depender do modo com que retratá-los pode estar excluindo ou incluindo grupos na proteção de direitos e garantias.

Assim, o primeiro passo, especialmente para o ordenamento brasileiro, é o reconhecimento de gêneros não binários e não conformes, em geral. E, partindo desse ponto, realizar exigências sobre seus direitos e deveres dentro da sociedade.

O não reconhecimento dos gêneros não binários, conforme já demonstrado pelas decisões e legislações perpetradas a respeito, levam a prejuízos muito mais que formais. Revelam a negação de direitos básicos a grupos que não são reconhecidos e legitimados dentro do ordenamento, os quais ficam às margens da sociedade, e sujeitos a todo tipo de discriminação.

Em relação ao sistema prisional pôde-se concluir a sua fragilidade na “recuperação” dos indivíduos, além da falta de êxito sobre a proteção mínima destes no interior de suas instituições. A estrutura prisional, em si, caracteriza-se por ser altamente repressora, com efeitos não apenas sobre os detentos, mas também sobre os oficiais e agentes carcerários.

Estudo realizado na Universidade de Stanford pelo professor de psicologia Phil Zimbardo, em 1971, reuniu um grupo de alunos selecionados para a representação de uma

---

<sup>152</sup> APPLETON, Susan Frelich. **Contesting Gender in Popular Culture and Family Law: Middlesex and Other Transgender Tales**. Indiana Law Journal, vol. 80, 2005, p. 411.

<sup>153</sup> GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014, p. 69.

prisão – em que foram divididos entre guardas e detentos. Notável estudo demonstrou os efeitos nefastos que a organização e hierarquização das instituições carcerárias apresentam sobre os seus integrantes. Não é de se surpreender que logo se identificou um elevado número de abusos de oficiais contra os detentos e vice-versa.<sup>154</sup>

Assim, a discussão da situação dos gêneros não binários no encarceramento se dá não somente com a análise da sexualidade e gênero, mas, essencialmente, leva a críticas veementes sobre toda a estrutura e modelo prisional vigente – não só no Brasil, como em todo o mundo. A não conformidade ao padrão binário intensifica seus problemas e conflitos já existentes no ambiente prisional, e ressalta seus defeitos.

Ademais, não basta apenas olhar para o problema especificamente considerado, mas deve se ter uma análise sobre as raízes do problema: a marginalização e criminalização dos gêneros não conformes, que tem sua origem muito antes da prisão. A discriminação e segregação dos indivíduos se perpetuam desde o momento que se assumem como “diferentes” do padrão social.

Foi possível notar, por meio da pesquisa realizada, a importância que deve ser dada à distinção dos conceitos entre orientação sexual<sup>155</sup> e identidade de gênero<sup>156</sup>, de forma a não se generalizar e reconhecer as particularidades individuais para que sejam respeitadas.

Faz-se necessário reconhecer o caminho já percorrido no reconhecimento e proteção das identidades de gênero<sup>157</sup>. No entanto, ainda há muito o que se definir quanto às proteções das individualidades e às liberdades, especialmente sobre o gênero indeterminado – ainda pouco retratado pela doutrina e quase desconhecido pela sociedade.

---

<sup>154</sup> STANFORD. The Stanford Prison Experiment: A Simulation Study of the Psychology of Imprisonment. August 1971. Disponível em: < [https://web.stanford.edu/dept/spec\\_coll/uarch/exhibits/Narration.pdf](https://web.stanford.edu/dept/spec_coll/uarch/exhibits/Narration.pdf) >.

<sup>155</sup> “ ‘sexual orientation’ to refer to each person’s capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with individuals of a different gender or the same gender or more than one gender” (INDONESIA. The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity. 6 to 9 november, 2006).

<sup>156</sup> “ ‘gender identity’ to refer to each person’s deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms” (INDONESIA. The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity. 6 to 9 november, 2006).

<sup>157</sup> “Concurrently, however, sexuality, more than ever, is part of open public discourse in societies at large, particularly through the media and other communication systems but also in parliaments, courts, and global policy arenas where, in the last two decades, key achievements have been attained in regard to sexuality, health and human rights” (PETCHESKY, Rosalind. **Sexual Rights Policies across Countries and Cultures: Conceptual Frameworks and Minefields**. In: SexPolitics – Reports from the Front Lines, Sexual Policy Watch, p. 10).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Kathryn. **Elusive Coalitions: Reconsidering the Politics of Gender and Sexuality**. 57 UCLA Law Review, 2009-2010

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cipriani. **Travestis e segurança pública: as performances de gênero como experiências com o sistema e a política de segurança no Rio Grande do Sul**. Textos e Contextos, Porto Alegre, v. 12, n. 1, jan/jun 2013. Disponível em: <[http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7887/2/Travestis\\_e\\_seguranca\\_publica\\_as\\_performances\\_de\\_genero\\_como\\_experiencias\\_com\\_o\\_sistema\\_e\\_a\\_politica\\_de\\_seguranca\\_no\\_Rio\\_Grande\\_do\\_Sul.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7887/2/Travestis_e_seguranca_publica_as_performances_de_genero_como_experiencias_com_o_sistema_e_a_politica_de_seguranca_no_Rio_Grande_do_Sul.pdf)>

ALVES, Ana Carla Farias; ALVES, Ana Karina da Silva. **As Trajetórias e Lutas do Movimento Feminista no Brasil e o Protagonismo Social das Mulheres**. IV Seminário CETROS: Neodesenvolvimentismo, Trabalho e Questão Social, 2013, Fortaleza

**American Bar Association Criminal Justice Standards**, 2010. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal\\_justice\\_section\\_newsletter/crimjust\\_policy\\_midyear2010\\_102i.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_policy_midyear2010_102i.authcheckdam.pdf)>.

ANDERSON, Robert. **Way Out West: a comment surveying Idaho State's legal protection of transgender and gender non-conforming individuals**. Idaho Law Review, vol. 49, 2012-2013

ANTONOPOULOS, Nicole. **The Unconstitutionality of the Current Housing Arrangements for Intersex Prisoners**. Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 42, 2014-2015

ANZUONI, Nicole. **Gender Non-Conformists Under Title VII: A Confusing Jurisprudence in Need of a Legislative Remedy**. The Georgetown Journal of Gender and the Law, vol. III, 2001-2002

APPLETON, Susan Frelich. **Contesting Gender in Popular Culture and Family Law: Middlesex and Other Transgender Tales**. Indiana Law Journal, vol. 80,

ARKLES, Gabriel. **Safety and Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation of Transgender People in Detention.** The Dukeminier Awards, 2010

AUSTRALIA. (2014) 250 CLR 490 ('NSW Registrar v Norrie').

Australian Human Rights Commission. **Sex Files: The Legal Recognition of Sex in Documents and Government Records** (2009)

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>.

BBC News. **“Germany allows ‘indeterminate’ gender at birth”**, 1 nov. 2013, BBC News. Disponível em: < <http://www.bbc.com/news/world-europe-24767225>>.

BEH, Hazel Glenn; DIAMOND, Milton. **Individuals With Differences in Sex Development: Consult to Colombia Constitutional Court Regarding Sex and Gender.** Wisconsin Journal of Law, Gender and Society, vol. 29, 2014

BENNETT, Theodore. **‘No Man’s Land’: Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy.** UNSW Law Journal, vol. 37, 2014

BENNETT, Theodore. **Orientations and ‘deviations’: sexuality in anti-discrimination law.** Monash University Law Review, vol. 42, n. 1, 2016

BENSON, Sara R. **Hacking the Gender Binary Myth: Recognizing Fundamental Rights for the Intersexed.** Cardozo Journal of Law and Gender, vol. 12, 2005-2006

BOCHENEK, Michael; KNIGHT, Kyle. **Establishing a Third Gender Category in Nepal: Process and Prognosis.** Emory International Law Review, vol. 26, 2012

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT. Resolução nº 12, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT. Resolução nº 11, de 18 de dezembro de 2014. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-011>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT. Anexo da Resolução nº 12, de 2015: Parecer nº 1, de 16 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012-anexo>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 1º, caput. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. Decreto nº 48.118, de 2011. Disponível em: < [http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/decreto/estadual/dec\\_rs\\_2011\\_48118.pdf](http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/decreto/estadual/dec_rs_2011_48118.pdf)>.

BRASIL. Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm)>.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2216-37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2216-37.htm)>.

BRASIL. Projeto de Lei nº 70-B, de 1995. Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1587D407698BA3BF29BB9E5960546873.node1?codteor=1036327&filename=Avulso+-PL+70/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1587D407698BA3BF29BB9E5960546873.node1?codteor=1036327&filename=Avulso+-PL+70/1995)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 845.779, Min. Rel. Roberto Barroso, admitida repercussão geral por decisão publicada em 14/11/2014. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, Min. Rel. Ayres Britto, decisão de 14/10/2011. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.

BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. Routledge, New York and London, 2004

CASE, Mary Ann. **Disaggregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence**, 105 Yale L.J. 1, 3-4, 1995 *apud* ANZUONI, Nicole. Gender Non-Conformists Under Title VII: A Confusing Jurisprudence in Need of a Legislative Remedy. The Georgetown Journal of Gender and the Law, n. 871, 2001-2002

CHOWDHURY, Dipayan; TRIPATHY, Atmaja. **Recognizing the Right of the Third Gender to Marriage and Inheritance Under Hindu Personal Law in India**. BRICS Law Journal, vol. III, issue 3, 2016

CrimA 5833/12 *Roe v. Israel* (Sep. 12, 2013).

CrimA(TA), 10-09-20413 *Israel v. Shani Mensi*, PM (2010) (1sr.).

CURRAH, Paisley. **The Transgender Rights Imaginary**. The Georgetown Journal of Gender and the Law, vol IV, 2002-2003

DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. **Travestis e Cárcere: o trabalho desenvolvido pela ONG Igualdade no Presídio Central de Porto Alegre**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. Disponível em: <  
[http://www.fg2013.www2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1381430375\\_ARQUIVO\\_FelipeLazzaridaSilveira.pdf](http://www.fg2013.www2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1381430375_ARQUIVO_FelipeLazzaridaSilveira.pdf)>.

DIAMOND, Milton. **Biased-Interaction Theory of Psychosexual Development: “How Does One Know if One is Male or Female?”** Sex Roles, 589, 2006, pp. 591-595, *apud*, BEH, Hazel Glenn; DIAMOND, Milton. Individuals With Differences in Sex

Development: Consult to Colombia Constitutional Court Regarding Sex and Gender. Wisconsin Journal of Law, Gender and Society, vol. 29, 2014

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014

DINIZ, Débora. **Carta de uma orientadora: o primeiro projeto de pesquisa**. Brasília: Letras Livres, 2013

DUNNAVANT, Tara. **Bye-Bye Binary: Transgender Prisoners and the Regulation of Gender in the Law**. The Federal Courts Law Review, vol. 9, issue 1, 2016

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton University Press, 2006

ELI COLEMAN ET AL., **The World Professional Association for Transgender Health, Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People**. Disponível em: <[http://www.wpath.org/site\\_page.cfm?pk\\_association\\_webpage\\_menu=1351&pk\\_association\\_webpage=3926](http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=3926)>).

EMENS, Elizabeth F. **Compulsory Sexuality**. Stanford Law Review, vol. 66, 2014

EZIE, Chinyere. **Deconstructing the body: transgender and intersex identities and sex discrimination – the need for strict scrutiny**. Columbia Journal of Gender and Law, n. 141, 2011

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013

FRANZOIA, Ana Paula; MELO, Márcia. **Guerra dos Sexos: Parece coisa do passado, mas pode ser a revolução do futuro. Afinal: meninos e meninas devem estudar juntos ou separados?** Revista Super Interessante, 31 de julho de 2003. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/historia/guerra-dos-sexos/>>.

GREENBERG, Julie A. **Intersexuality and the Law: Why Sex Matters**. New York University Press, 2012

GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014,

GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014

INDIA. Hindu Marriage Act, 1955

HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX**. Companhia das Letras, São Paulo, 2012

HUMAN RIGHTS WATCH. **Controlling Bodies, Denying Identities: Human Rights Violations Against Trans People in the Netherlands 80** (2011). Disponível em: <  
<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/netherlands0911webwcover.pdf>>.

INDONESIA. **The Yogyakarta Principles**: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity. 6 to 9 november, 2006

IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism, Nov. 2015. Disponível em: <  
[https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/IOC/Who-We-Are/Commissions/Medical-and-Scientific-Commission/EN-IOC-Consensus-Meeting-on-Sex-Reassignment-and-Hyperandrogenism.pdf#\\_ga=2.153225149.426390169.1497046940-1911023270.1497046940](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/IOC/Who-We-Are/Commissions/Medical-and-Scientific-Commission/EN-IOC-Consensus-Meeting-on-Sex-Reassignment-and-Hyperandrogenism.pdf#_ga=2.153225149.426390169.1497046940-1911023270.1497046940)>.

Jaime M. Grant et al., Nat'l Ctr. For Transgender Equality and Nat'l Gay and Lesbian Task Force, **Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey 8**, 2011, *apud* LEVASSEUR, M. Dru. Gender Identity Defines Sex: Updating the Law to Reflect Modern Medical Science is Key to Transgender Rights. Vermont Law Review, vol. 39, 2015



MACKLIN, Ruth. **Dignity is a useless concept: It means no more than respect for persons or their autonomy.** British Medical Journal, 327:1419, 2003. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789/>>.

MATRICARDI, Danielle. **Binary Imprisonment: Transgender Inmates Ensnared within the System and Confined to Assigned Gender,** MERCER Law Review, Rev. 707, 2015-2016

MOLINA, Luana Pagano Peres. **A homossexualidade e a historiografia e trajetória do movimento homossexual.** Antíteses, v. 4, n. 8, jul./dez. 2011

NEW ZEALAND GOVERNMENT. Information about changing sex/gender identity. Disponível em: <<https://www.passports.govt.nz/what-you-need-to-renew-or-apply-for-a-passport/information/>>.

Pant v. Nepal, Writ No. 917 of the Year 2064 BS (2007 AD). Disponível em: <<https://www.gaylawnet.com/laws/cases/PantvNepal.pdf>>.

PETCHESKY, Rosalind. **Sexual Rights Policies across Countries and Cultures: Conceptual Frameworks and Minefields.** In: SexPolitics – Reports from the Front Lines, Sexual Policy Watch

PUFF, Jefferson. **Lea T, a transexual que vai fazer história na abertura da Olimpíada.** BBC Brasil, 28 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36912561>>

SCOTT, Joan. **Gênero: Uma Categoria Útil para Análise Histórica.** Tradução: Christine Rufino Dabat, Maria Betânia Ávila. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/Genero%20-%20Joan%20Scott\[1\].pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/Genero%20-%20Joan%20Scott[1].pdf)>.

SILVA, Iara Ilgenfritz da. **Direito ou punição? Representação da sexualidade feminina no direito penal.** Porto Alegre: Movimento, 1985, p. 66 *apud* GUIMARÃES, Gabriela Favretto. O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014,

STANFORD. The Stanford Prison Experiment: A Simulation Study of the Psychology of Imprisonment. August 1971. Disponível em: <  
[https://web.stanford.edu/dept/spec\\_coll/uarch/exhibits/Narration.pdf](https://web.stanford.edu/dept/spec_coll/uarch/exhibits/Narration.pdf)>.

SUSEPE. **Galeria com celas específicas para travestis é inaugurada no Presídio Central.** Disponível em: <  
[http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod\\_conteudo=787&cod\\_menu=4](http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_conteudo=787&cod_menu=4)>.

THE GUARDIAN. **Women in wartime: the rise of the female public servant: World wars forced the British state to trust more women in traditionally male careers. But has the impact been sustained?**, sat. 8 november, 2014.

TOTA, Pedro. **Segunda Guerra Mundial.** In: MAGNOLI, Demetrio. História das Guerras. São Paulo: Editora Pinsky Ltda., 2006

VALDES, Francisco. **Afterword and Prologue. Queer Legal Theory.** California Law Review, vol. 83, issue 1, 1995

YONA, Lihi. **Keepin' It "Real": Israel's Segregation of Transgender Prisoners and the Transgender/Cisgender Binary.** Buffalo Journal of Gender, Law and Social Policy, vol. XXIV, 2015-2016